الجمهورية العراقية
وزارة الاعلام

الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة
في الشريعة الاسلامية والقانون العراقي

منذر عبد الحسين الفضل

منشورات الجمهورية العراقية ـ وزارة الاعلام

سلسلة دراسات ١٩٧٧

(١١٤)

الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة

في الشريعة الاسلامية والقانون العراقي

تأليف

منذر عبد الحسين الفضل

مقدمة

تستهدف هذه الدراسة بحث موضوع الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ، أى بحث الجانب الاجتماعي في هذا الحق الذى تأكد بفعل النزعة الاجتماعية الحديثة التي نفذت الى كثير من النصوص القانونية • فالملكية الخاصة لم تعد حقا مطلقا ومقدسا كما كان عليه الحال في العصر الروماني والقرون الوسطى وعهد الثورة الفرنسية ، وانما خضعت لعديد من القيود القانونية والارادية تنظيما لها وضمانا لاداء مالها من وظيفة اجتماعية •

ولما كان الانسان تحكمه مجموعة من الغرائز تتصارع مع بعضها بالضرورة ، فأن مسألة التوفيق وتحقيق الانسجام بينها وفق أسس صائبة يظل أمرا محتما • دلك لان الانسان يحتاج الى المأكل والمشرب والملبس والمسكن لكي يسد حاجاته من ضرورات الحياة ، وهو يحتاج ايضا الى الجماعة لكي يعيش معها فيستأنس بأفرادها ويشبع حاجاته بعونها ويعمل على بقاء الجنس البشرى ، الامر الذى يتطلب ايجاد التوازن بين الرغبة في التملك الذاتيه وبين الحاجة الى الاجتماع ، على نحو يتحقق به التضامن في العيش والوئام •

ان موضوع هذه الرساله ينصب بالدرجه الاولى على الملكية الخاصة ، اى ملكيه الاشخاص لوسائل الانتاج التي يكون للجماعه حق فيها ، والتي تقيد فيها المالك بقيد تأديه وظيفتها الاجتماعيه ، وتعرض كل من يهمل او تعطل ما تملك دون استغلال للجزاء اللازم • اما الملكية الشخصية في نطاق الاستهلاك فالاصل انها لا تؤدي وظيفة اجتماعية الا بالقدر الذي تكون فيه ضروريه لحماه الفرد باعتباره عضوا في الجماعة ، وعلى كل مالك التزام سلبي يفرض عليه الامتناع عن الاضرار بالآخرين عند التمتع بها • واما ملكية الاموال العامه فانها تخرج عن نطاق بحثنا لانها تخضع لنظام قانوني خاص يتلاءم مع واقع تخصيصها للنفع العام •

ان اهمية الموضوع تبدو في ان موضوع الملكية الخاصة يعتبر من الموضوعات التي حظيت بأهتمام جميع الشرائع السماوية والقوانين الوضعية والمفكرين والفلاسفه منذ أقدم العصور حتى وقتنا الحاضر ، ولان الملكية ترتبط بوجود الانسان وبهم الفرد والجماعة معا • اما خطورته فتكمن في ان الموضوع يتعلق بالقيود والتكاليف التي ترد على حقوق الاشخاص ، التي هي قوام الحياة الاجتماعية • وقد ظلت هذه القيود والتكاليف محل نقاش وجدل بين المفكرين • وتفرقوا حيالها على اتجاهات متباينة ، منها المؤيد ومنها من يعارض في فرضها على حقوق الاشخاص •

وعلى الرغم من سعة ودقه موضوع الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة، فان هناك عده اسباب دفعتني الى اختياره موضوعا لهذه الرسالة • منها الاسهام في توضيح المضمون الاجتماعي لحق الملكيه في الشريعة الاسلامية وبيان الاسس الخلقيه الصائبه التي وضعتها لاقامه التوفيق بين رغبات الفرد وحقوق الجماعه ، والتي أقر المشرع العراقي أغلبها في القانون المدني العراقي، كنظرية التعسف في استعمال الحق والتزامات الجوار وغيرها • ومنها ان التطورات الاجتماعية والاقتصاديه والسياسية والقانونية التي جدت في كثير من ميادين الحياة اوجدت ثغرات كبيرة في احكام القانون المدني العراقي والقوانين الاخرى ، فوددت ان أتناولها بالبحث والتحديد اسهاما مني في

سدها ، بأقتراح الغاء ما يجب حذفه من النصوص ونعديل ما ينطلب التعديل منها واضافه ما ينبغي اضافته من احكام ، تحقيقا لاهداف نظامنا النوري القائم وتنظيما لاحكام التقنين المدني وفقا لما يساير ما جد في مجتمعنا من تطور وتحول .

ان الالمام بهذا الموضوع ، اقتضاني توزيعه على ما بابين ، يتقدمهما فصل تمهيدى وتعقبهما خاتمة . اما الفصل التمهيدى فقد تناولت فيه بالبحث التطور التأريخي للملكية الخاصة . وعقدت الباب الاول لبيان طبيعة الملكية في كل من الشريعة الاسلامية والقانون العراقي . وأفردت الباب الثاني لتحديد المبادىء التي تحكم وتنظم الملكية الخاصة في السريعة الاسلامية والقانون العراقي . وتضمنت الخاتمة ما توصلت اليه من خلال البحث من نتائج وما في وسعي تقديمه من مقترحات لتلافي قصور القانون وضمانا لمسايرته تطور المجتمع العراقي في طريق توفير مقدمات الانتقال الى الاشتراكيه .

ولابد لي أن اسجل عظيم امتناني لاساتذني وزملائي وأصدقائي الذين ساعدوني على اخراج هذا البحث المتواضع الذي يمثل باكورة العمل . وأخص بالذكر الاساتذة الافاضل كل من عبدالباقي البكري وضياء شيت خطاب وثروت أنيس الاسيوطي ومحمد طه البشير وأكرم ياملكي للمساعدات العلمية الثمينة التي حظيت بها .

كما لا يفوتني أن أكرم الروح العلمية العالية في السادة رئيس وعضوي مجلس الرقابة المالية وبالاستاذ خليل محمد فاضل ، لما أجادوا عليّ من ثقة عالية في تسهيلات الدراسة ابان تحضير اطروحة الماجستير وفي منحهم لي الاجازة الدراسية لاعداد اطروحة الدكتوراه . وللاستاذ نظام‌الدين عبدالحميد وافر الامتنان لمساعداته العلمية المشكورة .

والله الموفق .

منذر عبدالحسين الفضل
١٩٧٧

فصل تمهيدي

التطور التأريخي للملكية الخاصة

ليس من السهل الوفوف بدقة على مراحل التطور التأريخي لحق الملكية في أى مجنمع خلال مسيرته الطويلة من مرحله البدائية الى مرحلة التحضـر والتمدن • ومع ذلك فقد تيسرت معرفة كثير من جوانب هـذا التاريخ بربط كل الحقائق المعروفة عن السعوب عبر العصور ، وبجمع الظـواهر المتشابهة التى استمرت في مختلف الشعوب[1] ، وبما وصل الى علمنا من قوانينها •

ولما كان تطور الملكية الخاصة يعد انعكاسا صادقـا لتطـور الحضارة الانسانية ، لانه يوضح البناء الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والقانـوني للمجتمعات البشرية في مختلف العصور ، فانه يبدو منطقيا ان تكون نقطـة الانطلاق في دراسة تاريخ الملكية ، بيان وضعها في المجتمعات القديمة ، لننتقل بعدئذ الى تحديد وضعها في العصور الوسطى ، ولنبين عقب ذلك تطور الملكية في العصر الحديث • وسنتكلم على تطور مفهوم وأهمية الملكية الخاصـة في مراحل التاريخ الثلاث هذه ، في ثلاثة مباحث متعاقبة •

(١) أحمد محمد غنيم ــ تطور الملكية الفردية ــ الدار القومية للطبـاعـة والنشر العدد ٦٨ (بدون سنة نشر) ، ص ٦ .

المبحث الاول

الملكية في العصر القديم

ان استقراء تأريخ البشريه يؤكد لنا وجود قونين اجتماعيتين هيمنتا على تصرفات الانسان وظلتا عنصرين متكاملين يلازمان طبيعته • اولاهما ، غريزة حب التملك • وهي غريزه ذاتيه فطرية في الانسان تدفعه الى الاستئثار بالحاجات الضروريه او النافعه له[٢] • وثانيتهما غريزه الانسان الاجتماعية التي تدفعه الى الاستئناس بافراد جنسه والى التواجد مع اقرانه للعيش معا[٣] • وقد جعلت هذه الغريزة من الانسان كائنا اجتماعيا[٤] ، تواقا الى العيش مع الجماعة مرتبطا بها ارتباطا ذاتيا برغبته الجنسيه[٥] وحاجاته المعاشية •

والواقع انه مهما كان نوع الكائنات الحية على الارض فانها جميعا تمارس بصورة متواصله ، بأدراك او بدونه ، اعمال المالك • فهي تمتلك ضروريات الحياة التي تستهلكها لكي تعيش ، الامر الذى يوثق الصلة بين الملكيه وبين الحياة[٦] •

ان هذا الاتجاه الى الرغبه في التملك والاحتفاظ بضروريات الحياة الذى نلمس مظاهره في تاريخ المجتمع البشرى منذ القدم ، هو اساس التنظيم

(٢) قسطنطين كاتزاروف ـ نظرية التأميم ـ ترجمه وتعليق الدكتور عباس الصراف ، بغداد ، ١٩٧٢ ص ٣٠ •

(٣) نفس المرجع ـ ص ٢٩ •

(٤) نفس المرجع ـ ٢٩ • سمير عبدالستاو تناغو ـ النظرية العامة للقانون ـ منشأة المعارف ـ الاسكندرية ، ١٩٧٤ ص ١٣٠ بند ٤٧ •
سمير عبدالسيد تناغو ـ النظريه العامه للقانون ـ منشأه المعارف ـ الاسكندرية ، ١٩٧٤ ص ١٣٠ بند ٤٧ •

(٥) ثروت انيس الاسيوطي ـ نظام الاسرة بين الاقتصاد والدين ـ دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٦ ، ص ١٣ •

(٦) محمدعلي حنبولة ـ الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ـ رسالة مقدمة لجامعة عين شمس لنيل درجه الدكتوراه في الحقوق ـ ط ١ ، ١٩٧٤ ص ١٤ـ١٥ •

القانوني لحياة الناس[٧] . فقد كانت الملكية في أول مفهومها مجرد واقعة مادية تظهر في استيلاء الانسان على ما تصل اليه يده من مادة ومتاع . وكان اختصاص الفرد بالشيء يتوقف على حيازته له . اما ما لم يقع تحت حيازته فهو مال مشترك يقبل استيلاء كل حائز[٨] .

والى جانب الملكية المادية الملموسة ، عرفت بعض المجتمعات البدائية والقبلية الاموال المعنويه او غير المادية incorporeal property وهي الاشياء غير المحسوسه ، كالاغاني والصيغ السحرية . فقد عرفتها قبيلة (الاندمان Andaman) بالنسبة للاغاني التي تصاغ بمناسبة اجتماع عام[٩] . فالاغنيه التي كانت تلاقي نجاحا وان جاز ترديدها في اجتماعات أقل اهميه . الا انه لا يجوز لاحد ان يغنيها مهما كانت شعبيتها غير الشخص الذي صاغها[١٠] .

نشأة الملكية في المجتمعات البدائية :

اختلف الكتاب حيال أصل الملكية في المجتمعات البدائيـه ، وتوزعت آراؤهم على اتجاهات متباينة بتباين النظر الى نوع الملكيه الذي كان سائدا آنذاك على اساس انه النظام الامثل المتفق مع الفطرة وطبيعة الاشياء ، والذي ينبغي ان يسود مستقبلا او حاضرا[١١] . الا ان في الوسع حصر هذا الخلاف في رأيين متعارضين :

اما الرأي الاول، فقد تبناه انصار المذهب الاشتراكي الذين ذهبوا الى القول

---

(٧) كاترا روف — المرجع السابق — ص ٣١ .

(٨) حامد مصطفى — القانون المدني العراقي . ج ١ الملكيه واسبابها بغداد ١٩٥٣ ، ص ٤٦ .
محمدعلى عرفه — شرح القانون المدنى الجديد في حق الملكية . ج ١ . مطبعة جامعة فؤاد الاول . القاهرة . ط٢ ، ١٩٥٢ ص ١٩٥٧ .

(٩) محمود سلام زناتي — تاريخ النظم الاجتماعيه والقانونيه . دار النهضه العربية ، القاهرة . ج١ ، ١٩٧١ ص ٥٥ ، ٢٥٥ .

(١٠) نفس المرجع — ص ٥٥ ، ٢٥٥ .

(١١) محمدعلى حنبوله — المرجع السابق — ص ١٨ .

ان الملكيه كانت في الاصل جماعية مسنركه ، وان المجنمعات البدائيه لم نعرف ايه صورة للملكيه الفرديه[١٢] ، لان افراد هده المجمعات كانوا يمنلكـون وسائل الانتاج بصورة مساعه ويستخدمونها لمصلحة الجماعة[١٣] ٠

ان السبب في هذا التأصيل الجماعي لفكره الملكية يرجع الى روح هذا المذهب ، الدى يرى ان الملكية الاشتراكيه هي النظام الامثل والطبيعي الذى يجب ان يسود ٠ فهو ينظر الى الفرد باعتباره كائنا اجتماعيا يرتبط بغيره من افراد المجتمع ويتضامن معهم من أجل القضاء على جميع اشكال الاستغلال ومن أجل تحقيق المصلحه العامه التي تغلب على المصالح الفردية[١٤] ٠

---

(١٢) تفصيل هدا الرأي – أنظر – نزيه محمد الصادق المهدي – الملكيه في النظام الاشتراكى ، رسالة مقدمه الى جامعه القاهرة لنيل درجه الدكتوراه في الحقوق – دار النهضة العربيه – القـاهره ١٩٧١ ، ص ١٦–٢١ ٠

محمود سلام زنانى – المرجع السابق – ص ٤٨ – ٤٩ ، ٨٩ ٠
ثروت انيس الاسيوطى – المرجع السابق – ص ٦٣ – ٦٥ ، ٨٠ ، ١٠٥–١٠٦ ٠
حسن كيره – أصـول القانون المدنى ٠ جـ ١ ٠ الحقـوق العينيـة الاصلية – احكام حق الملكية ، منشأة المعارف – الاسكندرية ١٩٦٥ ، ص ١٥١ ٠
أحمد محمد غنيم – المرجع السابق – ص ٨ ٠
صبيح مسكونى – تاريخ القانون العراقى القديم – مطبعه شفيق ٠ بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٢٥٨–٢٥٩ ٠

(١٣) محمدعلى حنبوله – المرجع السابق – ص ٢٠ ٠

(١٤) عبدالمنعم فرج الصده – دراسة مقارنة بين الشريعه الاسلاميه والقانون الوضعي في المعاملات المالية ٠ جـ ١ ٠ نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية ، ١٩٧٠ ص ٥٦ ٠
كرافتسوف – عرض موجز لنظريه الدوله والقانون – دار التقدم موسكو بدون سنة نشر ، ص ٦ ٠

عبدالباقى البكري – المدخل لدراسه القانون والشريعه الاسلامية ٠ جـ ١ ٠ في نظرية القاعدة القانونيه والقاعدة الشرعيه مطبعـة الاداب – النجف ١٩٧٢ ص ٧٠٨–٧٠٩ ٠
محمود سلام زناتى – المرجع السابق – ص ٥٢ ٠

وقـد دعـم انصار هذا الرأي اتجاههم بالحجتين الآتيتين :

أولاهما ، حجه ناريخيه مستمدة من المجتمعات القديمة التي سادت فيها الملكيه المسركه للاموال ، وسيوعيه استعمال وسائل العيس كالزوارق وادوات الصيد والنسباك والاواني الاولية لصالح الجماعة . وثانيتهما حجة واقعيـة مسنمده من حياة جميع المجتمعات البدائية والقبلية التي تحترم فكرة الملكية الجماعيه للارض والمراعي والمياه(١٥) .

وأما الرأى التاني ، فذهب الى نفيض ذلك . وفد تبنـاه انصار المذهب الفردى الذين رأوا ان الملكيه في المجتمعات البدائيه كانت فرديه ، وان الانسان عرف اول ما عرف ملكيته الخاصة لضروريات الحياة ولادواتـه الشـخصية وملابسه واسلحته ثم ملكيته لزوجته ورفيقه(١٦) ، وان الملكية كانت مجـرد وظيفه طبيعيه فردية تلازم الحياة البسرية(١٧) .

ان الغرض الذى اراد انصار هذا الفريق ادراكه ، هو التدليل على ان اسعاد الفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع ، وان الفرد ركيزة الدولة واساس التنظيم القانوني . ولهذا فان الجماعة تسخر لخدمتـه ومن اجـل تحقيق مصالحه . كما ان غرض القانون لا يتعدى حماية حقوق الفرد وكفالة تمتعه

---

(١٥) محمدعلى حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ٢٠ وما بعدها .
محمود سلام زناتى ـ المرجع السابق ـ ص ٢١٢ .

(١٦) في تفصيل نظريه المذهب الفردي . انظر : نزيـه محمد الصـادق ـ المرجع السابق ـ ص ٢١ ـ ٢٥ .

محمود سلام زناتى ـ المرجع السابق ـ ص ٥١ ، ٢٥٣ ـ ٢٥٤ .
محمدعلى حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧ ـ ٣٤ .

(١٧) راجع على الخفيف ـ الملكيه الفردية وتحديدها في الاسـلام ـ بحث منشور في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية ـ الازهر ـ ١٩٦٤ ، ص ١٠١ .

نديم الجسر ـ فلسفة الحرية في الاسلام ـ بحث منشور في المؤتمـر الاول لمجمع البحوث الاسلامية الازهر ١٩٦٤ ص ٣٠١ـ٣١١ ، ٣٢٢.

بها على أتم وجه[18] ما دام الفرد يولد وله حقوق طبيعية مقدسة سابقة على وجود القانون والجماعة[19] .

يبدو مما تقدم ، مدى التعارض بين الرأيين السابقين . والرأي عندي ان الدراسه التاريخيه للنظم القانونيه ، ومنها الملكيه الخاصة ، تقتضي الكثير من التجرد والموضوعيه في طرح الآراء للوصول الى الحقيقة .

أنني ارى انه يتعين لفهم الجماعات البدائية التمييز بين وسائل الانتاج والاشياء الشخصية ، فوسائل الانتاج ، وعلى الاخص الارض ، كانت تحاز حيازه جماعيه لكل عشيره وذلك منذ عصر الالتقاط وهو العصر الاول للانسانية واستمر الوضع كذلك في عصر الصيد وفي عصر الزراعه البدائيه وفي عصر الرعي ، فمثلا عند عرب الجاهلية كانت اراضي المراعي تحاز حيازة جماعية لكل عشيرة فالحرب بين بكر وتغلب قامت بسبب اعتداء من احد اعضاء احدى العشيرتين على الارض المخصصة للعشيرة الاخرى . حيث لم نعرف الملكيه الخاصه للارض الا في عصر الزراعه الراقية التي تستخدم المحرات كما هو الحال ايضا عند عرب الجاهلية بالنسبة للاراضي الزراعية في يثرب وخيبر . على ان الملكيه الخاصه للماشيه سبقت في الظهور للملكية الخاصة للارض ، فقبائل الرعي عرفت الملكيه الخاصه للماشية دون الملكية الخاصه للارض كما هو الحال عند عرب الجاهليه وبني اسرائيل وسيتضح ذلك تفصيلا اثناء بحث التطور التاريخي . اما بالنسبة الى الادوات الشخصية كالحلي والجلود والطعام والاواني البسيطه والسلاح فكانت تمتلك ملكية شخصية وان كان السلاح

(18) انظر في عرض هذا الرأي :
عبدالباقي البكري ــ المرجع السابق ــ ص ٦٩٢ .

(19) انظر في عرض هذا المذهب :
عبدالمنعم الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٥٤ بند ٤٠ .

والطعام يمتلك احيانا ملكية جماعية عند بعض القبائل وكذلك في اوقات الازمان • وهذا ما يذهب اليه كثير من الكتاب[٢٠] •

ان الكلام على الملكية الخاصة في العصر القديم يقضينا توزيعه على خمسة مطالب يختص كل منها بدراسة هذه الملكية في احد مجتمعات ذلك العصر آخذين التسلسل الزمني بعين الاعتبار في هذا التوزيع •

المطلب الاول

الملكية في الشرائع العراقية القديمة

بعد ان أسس العراقيون القدماء مجتمعاتهم الحضارية الاولى بعد انتقالهم من طور الرعي الى عهد الزراعة واستغلال الاراضي ، عرفت في بلاد وادى الرافدين عدة صور للملكية • فقد نشأت الملكية الجماعية والملكية العائلية

---

(٢٠) نزيه محمد الصادق — المرجع السابق — ص ٢٥—٢٧ .
حامد مصطفى — الملكية العقارية في العراق ج ١ الحقوق العينية الاصلية — معهد الدراسات العربية العالية — القاهرة — ١٩٦٤ ، ص ٦ — وأنظر :

ثروت الاسيوطي — المرجع السابق — ص ٦٣ ، ٨٠ ، ٩٣ .
ثروت الاسيوطي — فلسفة القانون في ضوء التاريخ الاقتصادي والاجتماعي (مسحوبة بالرونيو) ج ١ بغداد ١٩٧٥ ، ص ٣١ ، ٣٢ ، ٤٧ ، ٥٤ .

زناتي — المرجع السابق — ص ٤٨ — ٥٤ ، محمدعلي حنبوله — المرجع السابق — ص ٤٦ .

فيليسيان سالاي — تاريخ الملكية — منشورات عويدات بيروت لبنان ط ١ ، ١٩٧٣ ، ص ١٠—١١ ، ١٣ .

عبدالمجيد محمد الحفناوي — تأريخ النظم الاجتماعية والقانونية — ١٩٧٣ ، ص ٤٠٤ .

علي الخفيف — البحث السابق — ص ١٠٢ .

والملكيه الفرديه جنبا الى جنب ، وظهر أكثر من نظــام معين للملكيه في فترة تاريخيه معينة[٢١] .

ولما كانت طبيعة الاراضي في العراق القديم صالحة للزراعة بوجه عام ، فقد اعتبرت الارض أهم الاشياء التي كانت محلا لتملك الافــراد ، وتطلب ذلك وجود العديد من القواعد والاحكام التي تناولت تنظيم احكام الزراعة فيما تتعلق بسق الترع والقنوات والزرع وتنظيم شؤون الري وتأجير الاراضي الزراعيه ، على نحو يشير الى وجود تنظيم قانوني للملكية الفرديه[٢٢] اقتضته طبيعه الحياة الاجتماعية التي تميزت وقتئذ بالصبغة التجارية والزراعيــه . وكانت الملكية الفردية معروفه في المنقول والعقــار ، الا انهــا لم تكن ذات مضمون مطلق ، وهو المضمون الذي اقره الرومان في زمن تال . كما ان فكره الملكيه في بابل كانت تختلط بالسيطرة الحقيقية عــلى الشيء . فقــد كانت التصرفات ترد على الشيء ذاته وليس على الحق على هذا الشيء[٢٣] .

لقــد ابرزت نصوص شريعة أورنمو[٢٤] (٢١١١ــ٢١٠٣ ق.م) الطابع

---

(٢١) صبيح مسكوني ــ تاريخ القانون العراقي القديم ــ المرجع الســابق ـ ص ٢٥٨ــ٢٥٩ .

د . ابراهيم عبدالكريم الغازي ــ تاريخ القانون في وادي الرافديــن والدوله الرومانيه مطبعة الازهر ، بغداد ١٩٧٣ ، ص ١٤٣ .

(٢٢) ابراهيم الغازي ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٦ وانظر المواد ٢٧ ــ ٢٩ من تشريع اورنمو ، والمواد ٧ ــ ١٠ من تشريع بلالاما (ملك اشنونا)، والمواد ٧ــ٨ من تشريع لبت عشــتار ، والمواد ٤٢ــ٤٧ و٦٠ــ٦٥ و٤٨ــ٥١ من تشريع حمورابي .

فوزي رشيد ــ الشرائع العراقيه القديمه ــ دار الحرية للطبـــاعة ــ مطبعه الجمهوريه ــ بغداد ١٩٧٣ ص ٢٠ ، ٤١ ، ٩٦ وما بعدها .

(٢٣) عبدالمجيد الحفناوي ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٥ .

(٢٤) يعد الملك اورنمو مؤسس سلاله اور الثالثة التي حكمت مدينة أور جنوب العراق ، أما ملوكهم فهم من السومريين الذين قضوا على حكم الكوتيين في العراق ، ويعد اورنمو ممن اقدم شريعة سومرية وصلت لحد الان .

فوزي رشيد ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٢ .

عبدالمجيد الحفناوي ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦٠ .

الآلهي الذى يسيطر على العلاقات الاجتماعيه والقانونيه • وقد استفاد الملك المذكور من الاوضاع القلقة التي سبقت عهده ابان حكم الكوتيين ، فعمل جهده على الاصلاح واقامة العدل والاستقرار وتحديد الواجبات والحقــوق دفعا للفوضى • وكان مما نص عليه في شريعته تحريم التجاوز في الزراعـــة وضرورة تقيد الاشخاص بزراعة اراضيهم الحقيقيه وعدم اللجوء الى غصب اراضي الغير وزراعتها (م ٢٧) • وقضى بالتعويض على من يتسبب في اغراق حقل مزروع يعود لرجل آخر عقابا له (م ٢٨)[٢٥] • وفرض الجزاء على من يهمل زراعه ارضه ويعطل وظيفتها الاجتماعية • فنصت شريعته على انه (اذا استأجر رجل ارضا زراعية من رجل آخر لزراعتها ولكنه لم يزرعها وحولها بسبب اهماله الى ارض جرداء ، فعليه ان يدفع لصاحب الارض ٣ كور شعير لكل ايكو من الحقل)[٢٦] •

يتضح من ذلك ان المجتمع العراقي القديم في عهد اورنمو كان مجتمعا زراعيا وتجاريا يتصف بالتنظيم ، كما ان الملكية لم تكن حقا فرديا خالصا ، وانما وردت عليها قيود اجتماعية •

ولم يكن الملك (لبت عشتار)[٢٧] ١٩٣٤ ــ ١٩٢٤ ق•م أقل من اورنمو رغبه في الاصلاح وتحقيق العداله من الناحيتين الاجتماعيه والاقتصاديه • فقد وضع شريعه هدفت الى كل ذلك • ففي نطاق تنظيم الملكية الزراعيه ضمنت شريعه حقوق الجماعه في المادة (٨) التي نصت على انه « اذا اعطى رجل أرضا بورا الى آخر من اجل غرسها ، وأهمل الرجل الذى اعطيت له الارض البور عمله ولم يكمل غرس الارض فعليه ان يعطي صاحب الارض محصول الارض

---

(٢٥) انظر نص المادة ٢٧ــ٢٨ من شريعة اورنمو : فوزي رشيد ــ المرجع السابق ص ٢٠ .

(٢٦) راجع نص المادة ٢٩ ــ فوزي رشيد ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠ .

(٢٧) ويعد خامس ملوك سلاله اسن ٢٠١٧ــ١٧٩٤ق . م وقـــد جـــاء بشريعته المكتوبة باللغة السومرية رغم ان مقننها سامي الاصل وليس سومريـــا .

التي أهمل عرسها حصه له »[٢٨] • وفضت المادتـان (٩) و (١٠) من هـذه السربعة بحماية الملكية الخاصة عن طريق فرض الجزاء القانوني عند الاعتداء عليهـا[٢٩] •

يبدو مما تقدم مدى تقارب هاتين النسريعتين في الاحكام والنزعة[٣٠] • فقد فرضت نصوصهما العقوبة على المهمل او المعطل لوظيفـة الارض وهي زراعتها وفضت بالعقوبة على كل من يعتدى على حقوق الغير بالغصب او السرقة • وبذلك تكون هاتان الشريعتان قد اقرتا الملكية الفردية المقيدة بقيود اجساعبه ، وبضسنا ننظيما فانونيا للحياة الاجساعيه والاقتصاديه في عصر يمتد الى زهاء ٤٠٠٠ سنة •

اما سربعه (ابسنونا) فان ناريخها غير معروف على وجه الدفه ، الا انه يمكن القول انها سبقت نسربعة حمورابي بنصف فرن او اكنر بفليل • وهي تختلف في احكامها عن السريعتين السابفتين اختلافا بينا فيما يتعلق بما عثر عليه من نصوصها[٣١] • فلا نجد فيها نصا يفابل المادة (٢٩) من شريعة اورنمو والمادة (٨) من شريعة لبت عشتار اللتين تناولتا بيـان الوظيفة الاجتماعيـة للارض ، وانما نجد نصوصا قانونية تتعلق بالعمال الزراعيين (م ٧) وتنظيم سؤون الخطبه والزواج (المواد ٢٦ــ٢٩) و تنظيم الاعمال التجاربة (المواد ١٤ ــ ١٦) وامورا اخرى •

وعلى العموم فان ملكية العقارات والمنقولات كانت معروفه في هـذه العهود[٣٢] ، ولكن ملكية الارض اتصفت بادىء الامر بطابع ديني وكان لها

فوزي رسيد ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨ ، ١٥٢ ــ ١٥٣ •
عبدالمجيد الحفناوي ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦١ ــ ٣٦٢ •
(٢٨) فوزي رسيد ــ المرجع السابق ــ ص ٤١ •
(٢٩) نفس المرجع ــ ص ٤١ •
ابراهسم الغازي ــ المرجع السابق ــ ص ٦٦ •
(٣٠) فوزي رسيد ــ المرجع السابق ــ ص ٤٧ •
(٣١) فوزي رشيد ــ المرجع السابق ــ ص ٥٩ ، ٧٢ •
(٣٢) عبدالمجيد الحفناوي ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٥ •

إلـه يملكها ويحميها ، ثم تطورت بعد فترة فأصبحت ملكا لحاكم المدينة وافراد عائلته بعد ان كانت ملكا للآله[٣٣] . وكانت الملكيه الفردية مقدسـة ومطلقه لا يجوز تقييدها الا بقيد عدم الاهمال ، ولا يجوز التعرض لهـا . فكان يحكم بالاعدام على العبد الذي يقبض عليه ليلا في احد الحقول المملوكة للافـراد[٣٤] .

وفي عهد حمورابي[٣٥] استفحل شأن الملكية الفردية للاموال على حساب الملكيه الجماعيه والعائلية وان لم يؤد ذلك الى اختفاء هاتين الصورتين[٣٦] . فكانت الاراضي المملوكة تبدو على انواع ثلاثة هي :

(١) الاراضي التي كانت مملوكة ملكية خاصة للملك وكانت تسـمى اقليم (اوكالو) او اقليم الهيكل ، وتشمل في نطاقها المراعي. (٢) الاراضـي المخصصه لملكية المواطنين وكانت تمنح للجنود والكهنة ، وتسمى اقليـم كوردمانوم. (٣) الاراضي التي لا يجوز التصـرف فيهـا ، وهي المخصصة لجماعه من المزارعين يعملون فيها تحت اشراف القائم على ادارتهـا نيابه عـن الملـك[٣٧] .

---

(٣٣) صبيح مسكوني ـ تاريخ القانون العراقي القديم ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦٠ ـ ٢٦١ .
عبدالمجيد الحفناوي ـ المرجع السابق ـ ص ٤٠٥ .

(٣٤) عبدالرزاق زبير ـ محاضرات في قانون الاصلاح الزراعي ـ القيت على طلبه الصف الثالث قانون ـ جامعه بغداد (مسحوبه بالرونيو) ١٩٧٤ ـ ١٩٧٥ ص ٤ .
وانظر ترجمه المادة ١٢ من شريعة ايشنونا ـ فوزي رشيد ـ المرجع السابق ـ ص ٦٣ .

(٣٥) (وهو الملك السادس من ملوك سلاله بابل الاولى ١٨٩٤ ـ ١٥٩٤ق.م دام حكمه من ١٧٩٢ ـ ١٧٥٠ق.م وهو صاحب الشريعة المعروفـة باسمه والمكتوبه باللغه البابليه) .
فوزي رشيد ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٢ .

(٣٦) صبيح مسكوني ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧٠ .

(٣٧) صبيح مسكوني ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦٢ ـ ٢٦٣ .

وقد اقرت شريعه حمورابي للفرد حريه التصرف في امواله المنقولة والعقاريه ، واعترفت له بالحقوق في نطاق التملك والتبادل التجاري ، ولكنها فرضت العقوبه على من يهمل زراعة الارض مما يسير الى مراعاة هذه الشريعة الجانب الاجتماعي في حق الملكيه الذى يقتضي عدم اهمال زراعه الارض لما يترتب عليه من اضرار بالمصلحة العامة(٣٨) .

ومن المظاهر البارزة في شريعة حمورابي ، الشدة والقسوة في العقوبة التي قد تصل في صرامتها الى حد ذبح كل من يسرق مالا أو يغصبه أو يؤجر اموال الغير دون موافقة مالكها او يحوز مالا مفقودا يعود لشخص آخر ثم يعثر عليه الحائز دون ان يبذل جهدا معقولا في رده الى مالكه(٣٩) .

وعلى الرغم من انتعاش فكرة الملكية الخاصة في العراق القديم ، الا ان الملكيه الجماعية للارض قد حظيت بنصيب من الاهتمام ، واستمرت قائمة بعد سقوط مدينة بابل على يد الفرس الاخمينيين عام (٥٣٩ ق . م) وكذلك في عهد الفرس الساسانيين الذين حكموا العراق حتى الفتح الاسلامي(٤٠) .

المطلب الثـاني

الملكية عند قدماء المصريين حتى الفتح الاسلامي

سنة ٦٤١ م

لم يتفق الفقهاء والكتاب المصريون على اصل نشأة الملكية في مصر

(٣٨) راجع النصوص ٣٠ – ٣١ ، ٤٢ – ٤٤ .
عبده حسن الزيات – قانون حمورابي – مجلة القضاء السنه الثانية العدد الخامس مطبعة الحكومة – بغداد ١٩٣٦ ، ص ١٦–١٧ .
فوزي رشيد – المرجع السابق – ص ٩٤ ، ٩٦ – ٩٧ .

(٣٩) راجع النصوص ٩ و١٠ و١٩ من تشريع حمورابى .
د . محمود الامين – قوانين حمورابى – مجله كلية الاداب – تصدرها كلية الاداب جامعة بغداد العدد ٣ ، ١٩٦١ ص ١٩٩ – ٢٠٠ .

(٤٠) صبيح مسكونى – المرجع السابق – ص ٢٦٥ ، ٢٧١ ، ٢٥٩ .

المدبمه • فذهب فريق الى القول ان الملكيه كـانت في الاصل فرديـه ، لان ارض مصر كانت ملكا للفرعون ممثل الاله وهو الذى يوزعها على الافـراد لاسغلالها والانماع بها(٤١) • وخالفهم فريق آخر بقوله ان الملكية في مصر المديمه كانت في الاصل جماعيه ، لان مصر لم تختلف عـن بقية مجتمعات العصر القديم الىي سادنها الملكية الجماعيه(٤٢) • ونردد فريق بالث في الادلاء برأيه في هدا المجال بسبب غمـوض النصوص التي وصلت الى علمنـا اولا ونضاربها بانيا(٤٣) •

وحين دخلت مصر الفديمه عهد الفتوحات والغزوات في زمن الفراعنه ، ظهر الىفسيم البلابي للملكيه العقارية ، وهي املاك تعود الى الملك واخـرى يخص طائمه الكهه واملاك تعود الى طائفة المحاربين(٤٤) • الا ان نظام الملكية ما لبـ ان بعير بعد زمن ليحل محل التقسيم التلاني للملكية العقاريه نظـام

(٤١) في تفصيل ذلك انظر :

عبدالمجيد الحفناوي ــ تاريخ النظم الاجتماعيه والعانونيه ــ المرجـع السابق ــ ص ٤١١ ــ ٤١٢ .

نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ص ٥٣٤ ــ ٥٣٥ والمراجـع الىي يشير اليها .

محمدعلى حنبوله ــ الوظيفه الاجماعية للملكيه الخاصـة ــ المرجـع السابق ص ٥٠ وما بعدها .

عبدالرزاق أحمد السنهوري ــ الوسيط في سرح العانون المدنى حـ ٨ حق الملكية دار النهضه العربيه الفاهرة ١٩٦٧ ص ٤٨٥ وهامش رقم٢ أيضـا .

(٤٢) Hussien Hassan, Evolution de la propriete foncierren Egypte dans L'antiquite. These, montpellier, 7899. P. 40.

مشار اليه في هامش رقم ١ ص ٥٣٥ من رسالة نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق .

(٤٣) نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٥٣٦ .

(٤٤) نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٥٣٧ .

آخر هو استئثار الاله (آمون) بملكية جميع الاراضي في مصـر القديمـة وامكان اقطاعها من قبله للاسر بدلا من الافراد[٤٥] •

ان مما يلاحظ على نظام الملكية في مصر ، ان الملكية الفردية (ملكيـة المنقول والعقار) والملكية الجماعية وجدت في مصر القديمة جنبا الى جنب مع ملكيه الاسرة وفي جميع ادوار التاريخ المصرى[٤٦] • ولعل السبب في ذلك يرجع الى ان سكان مصر القدماء كانوا من اوائل الشعوب التي عرفت الزراعة، وقد دفعهم العمل الزراعي الى الاستقرار والتجمع[٤٧] ، مما ساعد في نشوء الملكية الفردية وملكية الاسرة الى جانب الملكية الجماعية والملكية الالهية •

ويضيف بعض الكتاب صورة اخـرى الى اشـكال الملكية في المجتمع المصري القديم . تتمتع بشخصية قانونية معنوية مستقلة ، وتخصص لاغراض النفع العام • ويعتبر هذه الصورة بحق ، احد المظاهر الهامة للتطور القانوني في مصر القديمه • ذلك لان اعتقاد المصريين بوجود حياة اخرى بعد الموت ؛ وما يتطلبه ضمان السعادة فيها من تقديم القرابين في اماكن رفاتهـم واقامـة الشعائر الجنائزيه بصورة مستمرة دفعهم الى تخصيص بعض اموالهم لهـذا الغرض • وقد عرف هذا التخصيص بنظام المؤسسات • وكانت هذه المؤسسات تخضع في الغالب لاشراف احد الكهنه[٤٨] •

نخلص من ذلك الى القول ، انه بالرغم من تعدد اشكال الملكية في مصـر القديمة ، وبروز الطابع الفردى في الملكية الخاصة ، الا انها خضعت لتكاليف وقيود عديدة تعلقت بالرى او المرور او غيرهما ، وان السلطة العامة اهتمت بضمان القيام بهذه ومراعاة القيود حماية لحقوق الجماعـة وضمانا لتأديـة الوظيفه الاجتماعية للملكية[٤٩] •

---

(٤٥) عبدالرزاق السنهوري ــ حـ ٨ حق الملكية ــ المرجع السابق ــ ص٤٨٥ هامش رقم ٢ •
نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ص ٥٣٩ •
(٤٦) محمد علي حنبولة ــ المرجع السابق ــ ص ٦٨ ، ٨١ •
(٤٧) عبدالمجيد الحفناوي ــ المرجع السابق ــ ص ٨٧ •
(٤٨) عبدالمجيد الحفناوي ــ المرجع السابق ص ٤٢٠ ، ٤٢٣ ، ٤٢٧ ، ٤٣٠ ،
(٤٩) انظر في هذه القيود : الحفناوي ــ المرجع السابق ــ ص ٤١٧ •

المطلب الثالث

الملكية عنـــد بني اسرائيـــل

تعتبر مرحلة الرعي بداية التاريخ الاسرائيلي (عهد التوراه) الذى يمتد الى سنة ٢٠٠٠ ق • م • فبعد ان اغتصب الاسرائيليون ارض كنعان في القرن الثاني عشر قبل الميلاد عمد قسم كبير منهم الى الاشتغال في الزراعه(٥٠) وقـــد عرفوا بعد استقرارهم في هذه الارض نوعين من الملكية • اولهما ، الملكيـــه الفردية للادوات الشخصيه والملابس والنقود والحلى والطعام • وثانيهمـــا ، الملكية الجماعية وهي ملكيه الارض التي قسمت بين قبائلهم عن طريق القرعه للأنتفاع بها ، الا ان هذه الملكيه مـــا لبثت ان اصبحت ملكيـــة خاصـــة فيمـــا بعـــد(٥١) •

وقد كانت ملكيه الانعام قبل دخولهم ارض كنعان ملكيه جماعية اسريه، تختص كل اسره بأنعامها ، الا انها تحولت فيما بعد الى ملكيه فردية يملك كل شخص بمقتضاها انعامه الخاصة(٥٢) •

ان ملكيه الارض ما لبثت ان تضخمت بيد الملاك فيما بعـــد ، فنشأت الملكية الاقطاعية وبرز التفاوت في الثراء بين الطبقات في بني اسرائيل وانتشر البؤس والشقاء بين عدد كبير منهم ، الامر الذى دفـــع فرقة منهـــم ســـميت

---

(٥٠) ثروت انيس الاسيوطى ــ نظام الاسرة بين الاقتصاد والدين ــ المرجع السابق ص ١٣٦ بند ١١٨ ، ص ١٤٤ بند ١٢٥ •

(٥١) علي الخفيف ــ الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام ــ البحث السابق ص ١٠٢ ــ ١٠٣ •

الاسيوطي ــ المرجع السابق ص ١٦٧ بند ١٤٣ •
شالاي ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢ ــ ٤٤ •

عبدالمجيد الحفناوي ــ تاريخ النظم الاجتماعية والقانونيه ــ المرجـــع السابق ــ ص ٤٠٨ •

(٥٢) الخفيف ــ البحث السابق ــ ص ١٠٣•

بـ (الحسد"بين) الى التبشير بالشيوعية • فنادت بضرورة احلال الملكية الجماعية المساعة للاموال محل الملكية الخاصة التي اعتبرتها سببا للظلم وعدم المساواة، ودعب الى الزهد والتقشف ونبذ الترف والبذخ على اعتبارهما سببا للفساد ، الا أن هذه الآراء لم تلق تجاوبا مقبولا لدى الناس ولم يكتب لها النجاح (٥٣) •

ولم يقتصر اهتمام بني اسرائيل القدامى على ملكيه الاموال غير المنقولة، بل اهتموا كذلك بملكية المنقولات والنقود(٥٤) ، وحرصوا على اكتناز الذهب والفضه وتعاملوا بالربا الفاحش واستثمروا اموالهم في تنمية ثرواتهم بمختلف الوسـائل(٥٥) •

أخلص مما تقدم الى القول ، ان بني اسرائيل كانوا في البداية رعـاة اغنام قبل اغتصابهم ارض فلسطين ، ثم اشتغلوا بالزراعة بعد استقرارهم فيها• وبعد ان طردوا منها بالفتح الآشورى والكلداني ، عادوا اليها في ظل الحكم الفارسي خلال القرن الخامس ، ثم تشردوا في بلاد مختلفـة وعكفوا عـلى ممارسه الاعمال التجاريه • وقد عرفوا الملكية الفردية والملكية الجماعية جنبا الى جنب ، كما عرفوا الملكية الجماعية الاسريه للانعام التي تحولت فيما بعد الى ملكيه خاصه • الا انهم لم يعرفوا نظام المؤسسات وهي الملكية التي تتمتع بشخصيه معنويه مستقلة والتي عرفها الفراعنة في المجتمع المصرى القديم •

كما ان الملكية بأنواعها قد انزلت منزلة التقديس عنـد بني اسـرائيل ووضعت الجزاءات الرادعه لحمايتها من الاعتـداء(٥٦) ، الا انهـا لم تصطبغ بالصبغه المطلقه • فقد فرضت على مالك الانعام التزامات عديدة منها وجوب تقديم الزكاه الى قبيله اللاويين التي ينتمي اليها رجال الدين ، التـي كـانت

---

(٥٣) محمدعلي حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ١١٧ ــ ١١٨ •
الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٣ •
سالاي ــ المرجع السابق ــ ص ٤٩ •
الاسيوطى ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٨ ــ ١٦٩ •
(٥٤) الخفيف ــ البحث السابق ــ ص ١٠٣ •
(٥٥) محمدعلى حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥ ــ ١١٦ •
(٥٦) محمدعلى حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ١١٨ ــ ١١٩ •

تفرض على اول ما يولد من جميع الماشية التي يملكها الاسرائيلي وعلى عاشر ما تلده كل بقرة ونعجة وساه[٥٧] • وكان الكهنه ينالون عسر محصول الارض سنويا ، كما كان السدنة يحصلون على عشر ناتج الحقل كل ثلاث سنين[٥٨] •

المطلب الرابع

الملكية في العهد الاغريقي القديم

عرف المجتمع الاغريقي اكثر اشكال الملكية التي عرفها المجتمع الاسرائيلي والمصرى القديم • فاستقرت عندهم الملكيـة الفردية في مجـال الامـوال المنقولة[٥٩] • ونشأت الملكية العائلية في نطاق الارض لارتباط ملكية الارض عند الاغريق بالعائلة لا بالشخص • وطبقت قواعد الارث في الاموال تطبيقا دقيقا • ثم ما لبثت الملكية العائلية للارض ان تفتتت في القرن السادس قبـل الميلاد بالاعتراف للافراد بالملكية الخاصة بالنسبة للمنقول وللعقار معا[٦٠] ، وبالسماح ببيع الارض ورهنها والايصاء بها[٦١] •

---

(٥٦) نفس المرجع — ص ١١٣ — ١١٤ وهو يشير بذلك الى د • على عبدالواحد وافي وحسن شحاته سعفان — قصة الملكية في العالم ط ٢، ١٩٥٨ ص ٦٠ — ٦٢ •
الخفيف — البحث السابق — ص ١٠٣ •

(٥٨) الاسيوطى — المرجع السابق — ص ١٧٠ — ١٧١ •

(٥٩) عبدالمجيد الحفناوي — المرجع السابق — ص ٣٤٩ •
على الخفيف — البحث السابق — ص ١٠٢ — ١٠٣ •

(٦٠) الحفناوي — المرجع السابق — ص ٣٤٩ •
شالاي — المرجع السابق — ص ١٨ — ١٩ ، ٢١ •
محمدعلى حنبوله — المرجع السابق — ص ١٢٨ •
الخفيف — البحث السابق — ص ٢١ — ٢٢ •

(٦١) شالاي — المرجع السابق — ص ٢١ — ٢٢ •

وجدير بالذكر ان ملكيه الاراضي ، قبل ظهور الملكية العائلية ، كانت في اول العهود الاغريقيه تخضع لتملك الجماعه وسيطرتها ، ثم حلت محلها سيطرة الحكام والرؤساء المتنفذين بسبب اعتبارها أهم مجال لتداول الاموال واهم وسيلة ومظهر للثراء مما أدى الى بروز التفاوت الطبقي(٦٢) . اما الملكية الفردية فلم يتعاظم شأنها الا بعد نمو وازدهار التجارة التي تتطلب عادة زيادة التبادل في الاموال المنقولة(٦٣) .

ولم تقتصر الملكية عند الاغريق على الاشياء المنقولة والعقار ، وانما امتدت الى البشر . فظهرت طبقة العبيد ، وكانوا على نوعين . اولهما ، ما كان يعتبر من الاموال المنقولة وهو العبد التابع للشخص والذى يمكن نقل ملكيته من شخص الى آخر . وثانيهما ، ما كان يعد من الاموال غير المنقولة ويشمل العبيد التابعين للارض الذين كان يطلق عليهم اسم رقيق العقار ، كعبيد (تيت Thétes)في اتينا وعبيد (هيلوت Hilotes) في أسبرطة(٦٤) .

لقد كانت الملكية الخاصة محل اهتمام فلاسفة اليونان ، اذ نادى سقراط بملكية الافراد للارض واعتبرها عماد الحياة(٦٥) . وذهب افلاطون (٤٢٧ ــ ٣٤٨ ق.م) الى تقسيم المجتمع الى ثلاث طبقات . هي ، طبقة الفلاحين والحرفيين ، وطبقة الجند ، وطبقة الحكام . واباح للطائفة الاولى حق التملك الفردى لقاء دفع الضرائب للدولة ، ونادى بحرمان طبقة الحكام والمحاربين من هذا الحق بهدف ابعادهم عن مغريات الاموال التي قد تؤثر على أمن الدولة وسلامتها . ورأى ارسطو ان الملكية الخاصة خير حافز على الابتكار والابداع ، وانها احد عناصر السعادة للفرد . ورأى ان الفلاحين لن يهتموا

---

(٦٢) الخفيف ــ البحث السابق ــ ص ١٠٣ .
شالاي ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣ ــ ٢٤ .

(٦٣) الحفناوى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤٩ ــ ٣٥٠ .

(٦٤) شالاي ــ المرجع السابق ــ ص ١٩ــ٢١ .

(٦٥) على الخفيف ــ الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام ــ البحث السابق ــ ص ١٠٣ . محمد علي حنبوله . المرجع السابق ص ٣٤٧

بالارض اذا لم يتملكوها واعطى الاهمية للزراعة على الصناعة وللعقارات على المنقولات ، واقر ملكيه الرقيق التي اعتبرها امرا ضروريا[٦٦] • ولكنه دعا الى تخصيص بعض الاموال للاستعمال المشترك لتكون محلا للملكيــة العامــة للدولة ، ونادى بالرغم من دفاعه عن الملكية الخاصة بضرورة تقييد ممارستها بمصلحة الجماعة[٦٧] •

المطلب الخامس

الملكية في العهد الروماني (٧٥٤ ق•م ـ ٥٦٥م)

تأثر المجتمع الروماني القديم بمفاهيم الملكية وصورهــا في المجتمــع الاغريقي القديم • فقد كانت المنقولات ، سواء كانت اشياء مادية او عبيدا ، المحل الوحيد للملكية الفردية في بداية عهود الرومان[٦٨] • يؤيد ذلك ما جاء في القاعدة رقم (٢) من مدونة جستنيان : (منشأ الملكية غــريزة الحيــازة

---

(٦٦) شالاى ـ تاريخ الملكيه ـ المرجع السابق ـ ص ٢٨ـ٣٠ •
محمدعلى حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ٣٤٧ •
محمدعلى حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ٣٤٨ ـ ٣٤٩ •
سمير عبدالسيد تناغو ـ النظرية العامة للقانون ـ المرجع السابــق ـ ص ١٤٦ ـ ١٤٧ •

(٦٧) سمير عبدالسيد تناغو ـ المرجع السابق ـ ص ١٤٦ـ١٤٧ •

(٦٨) الدكتور محمد عبدالمنعم بدر والدكتور عبدالمنعم البدراوي ـ مبادىء القانون الروماني ـ مطابع دار الكتاب العربي بمصر ـ ١٩٥٤ ص٣٤١•
عبدالســـلام ترمانينـــي ـ محاضـــرات في القـــانون الرومـــاني ١٩٦٥ ص ٧٦ـ٧٧ •

بالفطرة)[٦٩] ، وما نصت عليه القاعده رقم (٣) المدونه : (ما ليس مملوكـا لاحد فالفطرة السليمه تقضي به لاول مستول عليه)[٧٠] .

والى جانب الملكية الفردية للاموال المنقوله ، وجدت الملكية الجماعيـة للاراضي والمراعي ، ثم ظهرت فيما بعد ملكية العائلة للمنزل والارض المحيطة بـه . فأجيز للعائله استعمالها والانتفاع بها الا انه ليس لرب الاسرة حـق التنازل عنها لتعلق حق الورثة بها[٧١] .

صور الملكية في المجتمع الروماني القديم والعصر العلمي :

عرف الرومان ، كغيرهم من الشعوب ، تصنيف الاشياء إلى منقولات وعقارات ، وهو تصنيف كان ولا يزال مستمرا في معظم الانظمة القانونية[٧٢] . ولما كانت الاموال العقارية قديما أهم من المنقولات ، فقد وجدت عدة صور لها في العهد الروماني يمكن تحديدها على النحو الآتي :

الصورة الاولى ــ الملكية الرومانية :

لم يعرف القانون الروماني في بداية الامر بالملكية الفردية في المنقـول والعقار لأى شخص الا اذا توافرت شروط ثلاثة : اولها ، ان يكون المالـك

(٦٩) عبدالعزيز فهمي ــ مدونة جستنيان في الفقه الروماني ــ دار الكاتب المصري ــ القاهرة ط ١ ، ١٩٤٦ ص ٣٨٠ .
عبدالعزيز فهمي ــ قواعد وآثار فقهية رومانيه ــ مطبعة جامعة فؤاد الاول القاهرة ١٩٤٧ ص ٥٩ .

(٧٠) عبدالعزيز فهمي ــ مدونة جستنيان في الفقه الرومانـي ــ المرجـع السابق ــ ص ٣٨٠ .
عبدالعزيز فهمي ــ قواعد وآثار فقهية رومانيه ــ المرجع السابق ــ ص ٥٩ .

(٧١) عبدالسلام ترمانيني ــ المرجع السابق ــ ص ٧٦ ــ ٧٧ .
صبيح مسكوني ــ القانون الروماني ــ مطبعة شفيق ــ بغداد ط ٢ ١٩٧١ ص ١٢٨ــ١٢٩ .

(٧٢) J. Crossley vaines - personal property - Butterworths - third edition - London 1962, P. 16.

وطنيا رومانيا • ثانيها ، ان يكون الشيء المملوك رومانيا • ثالثها ان يتم تملكه باستيفاء الشكلية المطلوبة قانونا • فان جرى تملك الشيء من غير هذا الطريق فان المشتري لا يعد مالكا للشيء وانما يكون منتفعا به • وقد بقيت هذه الصورة مقصورة على الرومان الوطنيين وحدهم حتى العصر العلمي (١٣٠ ق•م — ٢٨٤ م)(٧٣) •

الصورة الثانية — الملكية البريتورية :

دفعت التطورات الاجتماعية والاقتصادية في العصر العلمي الى تلطيف المفاهيم الرومانيه القانونية القديمة والى التخلص من بعض شكليات القانون المدني في نطاق بعض العقود ومنها البيوع • فقد اجاز البريتور نقل ملكية الاموال النفيسة ، كالعقارات الايطاليه والمنازل والارقاء وحيوانات الجر والركوب ، بالتسليم ، دونما حاجة الى استيفاء الاجراءات الشكلية التي كانت واجبه في العهد الروماني القديم ، بشرط ان يكون ذلك مقرونا بحسن النية وان تمضي على صاحب السلطة الفعلية فترة من الزمن • وقد اقترن اسم

(٧٣) صبيح مسكوني — القانون الروماني — المرجع السابق — ص ١٣٠— ١٣١ •
عمر ممدوح مصطفى — القانون الروماني — دار المعارف بمصر ط ٤ ١٩٦١ ص ٢٨٦ — ٢٨٧ •
ميشيل فيليه — القانون الروماني — ترجمه وتعليق الدكتور هاشم الحافظ مطبعه العاني — بغداد ط ٢ ، ١٩٦٩ ص ٩٦ — ٩٩ •
محمد عبدالمنعم بدر وعبدالمنعم البدراوي — مبادىء القانون الروماني — المرجع السابق ص ٣٤٣ •
شالاى — تاريخ الملكيه — المرجع السابق — ص ٤٠ •
نزيه محمد الصادق — الملكيه في النظام الاشتراكي — المرجع السابق ص ٣٠ — ٣١
محمد معروف الدواليبي — الوجيز في الحقوق الرومانيه وتاريخها — مطبعة الجامعة السورية ط ٢ ، ١٩٥٨ ص ٥٠٢ •
عبدالسلام ترمانيني — المرجع السابق — ص ٧٥ — ٧٦ •

البرسور بالملكيه التي تكتسب من هذا الطريق ، ولذلـك سـميت الملكيـة البريتوريه(٧٤) •

الصورة الثالثة ــ الملكية الاقليمية :

ويراد بها الملكية التي تنصب على الاراضي الواقعـة خارج ايطاليـا والمملوكة للدولة حتى نهاية العصر العلمي ، والتي منح البريتور الافراد حـق حيازتها والانتفاع بها اذا قاموا باستثمارها تشجيعا لهم على ذلك ، الامر الذى انشأ لهم حقا مساويا لحق الملكية • وقد اطلق شراح القانون المدني الروماني في آواخر العهود الرومانية هذه التسمية(٧٥) •

الصورة الرابعة ــ الملكية الفردية للاجنبى :

وجدت هذه الصورة حينما كان التمييز قائما بين الوطني الروماني الذى يخضع لقواعد القانون المدني الروماني وبين الاجنبي الذى يخضع لقانونـه الوطني او قانون الشعوب • فقد كان الاجنبي لا يتمتع بحق التعامل في روما، وبالتالى لا يحق له اكتساب الملكية الرومانية • الا ان هذا التمييز زال فيما

---

(٧٤) عمر ممدوح مصطفى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٨ ــ ٢٨٩ •
محمد عبدالمنعم بدر والبدراوي ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤٤ •
ميشيل فيليه ــ القانون الرومانى ــ المرجع السابق ــ ص ٩٨ــ١٠١ •
صبيح مسكونى ــ القانون الرومانى ــ المرجع السابق ــ ص ١٣١ •
محمد معروف الدواليبى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠٣ •
عبدالسلام ترمانينى ــ المرجع السابق ــ ص ٧٢ ، ٧٩ •

(٧٥) عبدالسلام ترمانينى ــ المرجع السابق ــ ص ٨٣ ــ ٨٤ •
عمر ممدوح مصطفى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩٠ ــ ٢٩١ •
صبيح مسكونى ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٢ ــ ١٣٣ •
محمد عبدالمنعم بـدر وعبـدالمنعم البـدراوي ــ المرجـع السـابق ــ ٣٤٦ ــ ٣٤٧ •

بعد بمنح الجنسية الرومانية لجميع سكان الامبراطورية بأستثناء بعض العتقاء عام ٢١٢ م بموجب الدستور الذى اصدره (كلا راكلا)[٧٦] ٠

توحيد صور الملكية الفردية في عهد جستنيان :

ان التنوع في صور الملكية الفردية قد زال في عهد جستنيان[٧٧] ٠ فقد زالت الملكيه البريتوريه والملكيه الاقليمية بزوال التفرقه بين الاموال النفيسة والاموال غير النفيسه ، وبالتسويه في الحكم بين العقارات الايطاليه وبين العقارات الرومانية ٠ وبزوال التمييز بين الاجنبي وبين الروماني بمنح الجنسية الرومانيه للاجانب زالت الملكيه الفرديه للاجنبي[٧٨] ٠ وبذلك فقد حق الملكية طابعه القومي واتصف بالشمول واصبح من حق الرومان والاجانب معا[٧٩] ٠

الا ان مما يجدر ذكره ، ان الملكية الفردية (للمنقول والعقار) تميزت في عهد جستنيان بأنها حق مطلق دائم مقصور على المالك الذى يستطيع ان

---

(٧٦) عبدالسلام ترمانيني ــ المرجع السابق ــ ص ٨٤ ٠
محمد معروف الدواليبي ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠٣ ٠
محمد عبدالمنعم بدر والبدراوي ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤٨ ٠
صبيح مسكوني ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٢ ٠
عمر ممدوح مصطفى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩١ ــ ٢٩٢ ٠

(٧٧) حكم جستنيان الامبراطورية الشرقية التي اتخذت من القسطنطينة عاصمة لها سنة ٥٢٧ بعد ميلاد السيد المسيح ولبث في الحكم زهاء ٣٨ عاما وتوفي سنة ٥٦٥ ميلادية ٠ وفي عهده كانت مصر وبلاد الاناضول الى آخر حدود ارمنيه وبلاد سوريا ولبنان وفلسطين تحت حكم الرومان ٠
عبدالعزيز فهمي ــ مدونة جستنيان في الفقه الروماني ــ المرجع السابق ــ صفحة ل ، م ٠

(٧٨) عبدالسلام ترمانيني ــ المرجع السابق ــ ص ٨٤ ــ ٨٥ ٠
محمد عبدالمنعم بدر وعبدالمنعم البدراوي ــ المرجع السابق ــ ٣٤٨٠
عمر ممدوح مصطفى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩٢ ٠
صبيح مسكوني ــ المرجع السابق ــ ص ١٣١ ــ ١٣٣ ٠

(٧٩) J. Crossley - personal property - Op. Cit. P. 16.

يتصرف في الشيء او يستعمله او يستغله وفق رغبته[٨٠] . وقد أكدت ذلك قواعد المدونه الخاصة بالاموال والملكية . منها « من الظلم ان لا يكون للاحرار التصرف المطلق في اموالهم » و « كل امرىء فيما ملك سيد متحكم »[٨١] ، و « مالك الارض يملك ما فوقها علوا وما تحتها سفلا »[٨٢] .

ومع ذلك ، فان الصيغة المطلقه للملكيه الفرديه لم يسلم بها في جميع عهود القانون الروماني . فقد خضعت الاموال المنقوله والعقاريه في عهود كبيره لقيود فرضها المصلحة الخاصة او المصلحة العامة ، اهمها ما يأتي :

أولا ـ القيود التي وردت على المنقولات . فلم يسمح طوال العهود الرومانية بأستعمال القسوة في معاملة الحيوان او الرقيق . وتقررت الجزاءات المدنيه والجنائيه على من يستعمل حقه بصورة مؤذيه[٨٣] .

ثانيا ـ القيود التي وردت على العقارات . وهي على انواع . منها ، ما تقرر لصالح الزراعة . ومنها ، ما كان سببه علاقة الجوار . ومنها ، ما فرضته المصلحة العامة . ان أهم هذه القيود ما يلي :

(١) ـ تقرر في العصر العلمي حرمان صاحب الارض من ملكية الارض الزراعيه اذا ترك استغلال الارض او لم يعن بأستغلالها ، واجيز للافراد الاستيلاء

---

(٨٠) عبدالسلام ترمانينى ـ المرجع السابق ـ ص ٨٥ .
صبيح مسكونى ـ المرجع السابق ـ ص ١٣٤ ـ ١٣٥ .
محمد عبدالمنعم بدر وعبدالمنعم البدراوي ـ المرجع السابق ـ ص ٣٤٨ ـ ٣٤٩ .
عمر ممدوح مصطفى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٤ .

(٨١) عبدالعزيز فهمى ـ مدونة جستنيان في القانون الرومانى قاعده رقم ٢٢ و٢٣ ص ٣٨٠ .

(٨٢) عبدالعزيز فهمي ـ قواعد وآثار فقهية رومانية ـ المرجع السابق ـ ص ٧٣ .

(٨٣) عمر ممدوح مصطفى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٩٣ . صبيح مسكونى ـ المرجع السابق ـ ص ١٣٧ .
عبدالسلام ترمانينى ـ المرجع السابق ـ ص ٨٧ .

عليها واستغلالها ، واعترف للمسؤولين على الاراضي المهجورة بحق ملكيتها اذا قام بأستثمارها تسجيعا له على جهوده[٨٤] .

(٢) ــ ومن القيود التي نقررت لمصلحة الجوار ، منــع المالك مــن استعمال حقه بصورة تلحق ضررا غير مألوف بالآخــرين [٨٥] . فجــاء في القاعدة (٢٤) من المدونه ما يأتي : (لكل ان ينتفع بملكه ما يساء بسرط عدم الاضرار بجاره)[٨٦] ، ونصت القاعدة رقم (٣٥) على ما يلي : (من المصلحه العامه ان لا يسيء احد استعمال ما يملك)[٨٧] .

(٣) ــ ومن القيود التي تقررت لاغراض النفع العام ، جواز نــزع ملكية الاراضي من الافراد لتوسيع او فتح طريق عام او قناطر للمياه لان المصلحة العليا اولى بالاعتبار[٨٨] .

يضاف الى ما تقدم ذكره من القيود ، ان من المبادىء الهامة التي تقررت في العصر العلمي ، والتي سلم بها معظم الانظمه القانونيــة والاجتماعيــه الوضعيه المعاصره ، ان المغالاة في استعمال الحق منتهى الظلم ، وهو مبدأ يعتبر اساسا لنظريه التعسف في استعمال الحق[٨٩] .

---

(٨٤) عبدالسلام ترمانيني ــ المرجع السابق ــ ص ٨٨ .
نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤ وانظر المراجع التي يشير اليها باللغة الفرنسية .
صبيح مسكوني ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٨ .
عمر ممدوح مصطفى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩٤ .

(٨٥) نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥ .

(٨٦) عبدالعزيز فهمي ــ مدونه جستنيان ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨٠ .

(٨٧) عبدالعزيز فهمي ــ قواعد وآثار فقهيه رومانية ــ المرجع السابق ــ ص ٦٣ .

(٨٨) عبدالسلام ترمانيني ــ المرجع السابق ــ ص ٨٨ .
نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣ــ٣٤ .
عمر ممدوح مصطفى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩٤ .
محمد عبدالمنعم بدر والبدراوى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٠ .
صبيح مسكوني ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٧ .

(٨٩) عمر ممدوح مصطفى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩٤ .

يستخلص مما تقدم ، انه على الرغم من صفة الاطلاق والتقديس التي اتصفت بها الملكيه الفرديه في العصر الروماني ، وعلى الرغم من تعدد صور الملكيه ، الا ان هذا الحق خضع للقيود التي تقتضيها المصلحة العامة ، وان هذه القيود التي فرضت في بعض العهود الرومانية لم تقتصر على العقارات وانما أمتدت الى المنقول ، وان الملكية اذا اعتبرت حقا فطريا فان الحق الاجتماعي يرد عليها ويلزم المالك بتأدية وظيفتها لتحقيق المنفعة العامة .

وجدير بالذكر . ان الرومان اخرجوا من دائرة التعامل الاشياء العامة المملوكه للدوله كالاراضي التابعه لها وكالارقاء الذين يقومون بخدمات عامة وكالاشياء المشتركه كالهواء والبحر والطرق وقناطر المياه . كما اخرجوا من دائره الملكية الخاصه الاشياء التي تملكها الآلهه[٩٠] .

نضح من ذلك ، وبالرغم من اخراج بعض الاموال من نطاق الملكية الخاصة . وعلى الرغم من فرض القيود الاجتماعية على هذه الملكية ، الا انها ظلت طوال العهود الرومانية حقا معترفا به يتمتع صاحبه بسلطان كبير في ممارسته .

المبحث الثاني

الملكية في القرون الوسطى

تنحصر فترة القرون الوسطى على الرأى الراجح بين سقوط روما وانهيار الامبراطورية الرومانية في الغرب عام ٥٦٥ م على أيدى القبائل الجرمانية وبين اكتشاف القارة الامريكية في نهاية القرن الخامس عشر . وان وجد الى جانب ذلك رأيان آخران حددها احدهما بالفترة بين سقوط روما وبين سقوط القسطنطينية على يد السلطان العثماني محمد الفاتح سنه

(٩٠) عبدالسلام ترمانيني - المرجع السابق - ص ٦٩ - ٧١ .

١٤٥٣ م ، ورأى بانيهما انها تمتد بين سقوط روما وبين صلح وستفاليا المعقودة عام ١٦٤٨ م والذي انتهت به حرب الثلاثين سنة[٩١] •

ان الالمام بتاريخ الملكية الخاصة يقتضينا بيان وضعها خلال هذه القرون • في كل من عهد الاقطاع في القارة (اوربا عدا بريطانيا) أولا ، وفي عهد سلطان الكنيسة المسيحية في اوربا الغربية ثانيا ، وفي المجتمع الانجليزي طوال هذه القرون ثالثا • وسنوزع البحث على مطالب ثلاثة يتناول كل منها احد هذه العهود •

المطلب الاول

الملكية في عهد الاقطاع في القارة الاوربية

تميز النظام الاجتماعي الذى ساد اوربا عامة ، واوربا الغربية بوجه خاص ، في الفترة الممتدة بين القرن التاسع بعد الميلاد وبين القرن الرابع عشر بجملة خصائص • منها ، بروز النظام الاقطاعي كخلية اساسية للحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية[٩٢] • ومنها ، الاعتراف بالملكية الفردية في دائرة المنقولات الى جانب كل من نظام الاقطاع في نطاق الارض والملكية الجماعية في بعض الاموال •

---

(٩١) الاستاذ عبدالباقي البكري – نظرية القانون – ج ١ بغداد ١٩٦٨ ص ١٩٢ •
زكريا أحمد نصر – تطور النظام الاقتصادى – مطبعه نهضة مصر ط ١ ، ١٩٦٤ ص ٧٣ – ٧٤ •
محمدعلى حنبوله – المرجع السابق – ص ١٦٥ – ١٦٦ •
محمد كامل ليلة – النظم السياسيه – دار الفكر العربي ١٩٦٣ ، ص ٤٠١ •

(٩٢) زكريا أحمد نصر – المرجع السابق – ص ٧٣ – ٧٤ •

ان الملكية الخاصة في هذا العهد كانت ترد على نوعين من الاموال • اولهما ، ملكية الافراد للمنقولات(٩٣) • وثانيهما ، ملكية الاقطاعي للارض(٩٤) التي ستزت بمميزات يحسن بنا قبل ذكرها بيان اسباب قيامها •

ان الملكية الاقطاعية في القارة نشأت نتيجة عاملين • اولهما ، نظام الانتاج العبودي الروماني • فقد قام كبار ملاك العقارات في مطلع القرون الوسطى بتقسيم الارض الى اجزاء صغيره سلموها للعبيد لزراعتها لقاء مبالغ من المال او جزء من المحصول وخدمات اخرى تقدم للملاك • وثانيهما، انحلال النظام القبلي بسبب ازدهار المدينه وانتشار التجارة والصناعة ونزوح الكثير من الافراد الخاضعين للنظام الاجتماعي القبلي الى المدن تخلصا من الالتزامات القبليه وبحثا عن حرفه اخرى غير الزراعة • وبتأثير من هذين العاملين قام النظام الاقطاعي بسماته الخاصة في غرب اوربا(٩٥) •

لقد تميز نظام الاقطاع بظهور انواع مختلفة من الملكيه في مجال الارض • فقد كانت ملكية الارض على عدة انواع • منها الاراضي التابعة لسيد الاقطاع ، التي يستغلها بنفسه او يؤجرها للغير او يشارك الاخرين في استغلالها • ومنها الاراضي التابعة للنبلاء الخاضعين لسيد الاقطاع مقابل تقديم الخدمات واداء الواجبات له(٩٦) • ومنها الاراضي التي كانت تقطع لاقنان الارض • فقد كان سيد الاقطاع يسمح للأذلاء من اتباعه وهم اقنان

---

(٩٣) محمد عرفان ردبي ـ ملكيه الاراضى أو الاموال غير المنقوله ـ رساله مقدمه الى كليه الاداب وهيئه الدراسات العليا في جامعه بغداد لنيل درجه ماجستير اداب في الشريعه الاسلاميه ١٩٦٩ ـ ١٩٧٠ ص١١٥.

(٩٤) عبدالرزاق السنهورى ـ الوسيط في شرح القانون المدنى ـ ج ٨ ـ المرجع السابق ـ ص ٤٨٢ .

(٩٥) أحمد محمد غنيم ـ تطور الملكيه الفرديه ـ المرجع السابق ـ ص٣٩ . ربه محمد الصادق ـ المرجع السابق ـ ص ٥٣ ـ ٥٤ .

(٩٦) زكريا احمد نصر ـ المرجع السابق ـ ص ٧٥ ـ ٧٦ / السنهورى ـ ج ٨ ـ المرجع السابق ص ٤٨٢ .

الارض بأسغلالها لقاء نقديم الالتزامات والخدمات له ومنهـا اسهامهم في الغزوات والحروب[97] ٠

اما الاراضي التي لم تكن تخضع لسيد الاقطاع وهي التي كانت تسمى الاراضي الحرة والتي تفاوتت مساحتها بتفاوت المناطق وجشع سادة الاقطاع ، فقد اخذت بالانكماش تطبيقا للمبدأ السائد يومئذ وهو (ما من سيد بدون ارض) مما دفع رجال الاقطاع الى الاستحواذ عليها وادخالها في سلطانهم[98]٠

ان وجود هذه الانواع الاربعة من ملكية الارض لم يحل دون الاعتراف بنوعين آخرين من الملكية في عهد الاقطاع ٠ اولهما ، الملكيه الخاصة للافراد للمنقولات ومنزل السكن ٠ وثانيهما ، الملكية الجماعية لكثير من الغابات والمراعي ولمجارى المياه والطرق ــ التي كانت تستخدم لنفع الجميع بصورة مشتركه دون ان تخضع لسيطرة واحد من الافراد[99] ٠

← نزيه محمد الصادق ــ المرجـع السـابق ــ ص ٥٣ــ٥٤/ محمـد علي حنبولة ــ المرجع السابق ــ ص ١٧١ ــ ١٧٢ ٠
أحمد محمد غنيم ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢ ٠
سالاى ــ تاريخ الملكيه ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥ــ٥٦ ٠

(٩٧) زكريا احمد نصر ــ تطور النظام الاقتصادى ــ المرجع السـابق ــ ص ٧٦ ــ ٧٧ ٠
محمدعلى حنبوله ــ الوظيفة الاجتماعيه للملكيـه الخاصة ــ المرجـع السابق ــ ص ١٧٢ ــ ١٧٣ ٠

(٩٨) زكريا أحمد نصر ــ المرجع السابق ــ ص ٧٦/ سالاى ــ المرجـع السابق ــ ص ٥٥ ٠

(٩٩) زكريا أحمد نصر ــ المرجع السابق ــ ص ٧٦ ٠
محمد عرفان زدنى ــ الرساله السابقة ــ ص ١١٥ ٠

المطلب الثـــاني

الملكية في عهد سلطان الكنيسة في أوربا الغربية

بالنظر الى الفوائد التي حصلت عليها الكنيسه من سيطرة النظـام الاقطاعي فقد ابقت على الاوضاع القائمه ، الا انها كانت تحث على حسن معامله رفيق الارض[١٠٠] • وقد اتسع سلطانها بفعل دخول الكثير من الارقاء تحت حمايتها بدلا من حماية السيد الاقطاعي وحث المساوسة الناس على التخلص من املاكهم بهبتها للكنيسه مع الاحتفاظ بحق حيازتها طوال حياتهم[١٠١] •

لقد ظهر اتجاهان رئيسان في داخل الكنيسة يمثلان موقفها من الملكية الخاصة • اولهما ، اتجاه جماعي ذهب الى تأييد الملكية الجماعيه والدعوة الى الانتفاع بالاشياء بصوره مشتركة • وثانيهما ، اتجاه تسبغ بنزعه فرديه وأيد حق الافراد في التملك مع اقرار بعض حقوق الجماعة •

ان الاتجاه الجماعي سلكه آباء الكنيسه في القرون الاولى للمسيحية ، الذين نادوا بأن الله خلق الاشياء ومنها الارض لاستعمال البشر على نحـو مشترك ، **وانتقدوا الملكية الفردية واعتبروها مصدرا** للنزاع بين الناس[١٠٢] • اما الاتجاه الفردى الذى نادى بأحترام الملكيه الخاصة كان اتجاها رسـميا تبنته الكنيسة في اوربـا الغربيـه وتزعمـه القديس (توما الاكويني ١٢٢٦ ــ ١٢٧٤) • فقد رأى ان الملكية منحة آلهية للفرد تستخدم لاشباع رغباته الذاتية دون ان تقبل التقييد الا فيما يخالف قيـم الاخـلاق ، وان

(١٠٠) نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٥٦/ زكريا احمد نصر ــ المرجع السابق ــ ص ٨١/ محمد كامل ليله ــ النظم السياسيه ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٦/ سالاى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٦ــ٥٧.
(١٠١) أحمد محمد غنيم ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦ ــ ٤٨ / سالاى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٦ ــ ٥٧ .
(١٠٢) سالاى ــ تاريخ الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ٥٩/ نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٥٦ــ٥٨/ محمدعلى حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٧ ــ ١٧٨ .

استغلال الثروات الخاصة يعود بالنفع العام على المجتمع[١٠٣] ، وان الملكيـــة وسيلة لاسعاد الفرد وليست غاية في ذاتها ، وفي اســعاد الافــراد اســعاد للجماعـــة •

وقد فضل القديس توما الاكويني الملكية الفردية على الملكية الجماعية بحجة ان كل فرد يكون اكثر اهتماما بملكه الخاص مــن اهتمامه بالملــك المشترك ، ولكنه اعتبر افادة الآخرين من الثروات الخاصة مسألة اخلاقية وغرضا ينبغي على المالك ان يدركه[١٠٤] • كما اجــاز التفاوت الطبقــي في الثروات ويبرره بتفاوت الذكاء والاخلاق بين البشر ، ويحق كــل طبقة من الناس في المكافأة تبعا لمواهبها وخدماتها[١٠٥] •

يفهم مما تقدم ، ان الملكية في العهدين الاقطاعي والكنسي في القرون الوسطى ، كانت متعددة الاشكال • فالى جانب ملكية الافــراد للامــوال المنقوله ، والملكية العقارية للسيد الاقطاعي وتابعيه ، كـــانت هنـــاك بعض الاراضي الحرة غير المملوكة لاحد ، وبعض الاراضي المملوكة ملكية جماعية كالطرق وقناطر المياه وغيرها ، الامر الذى يؤيد القول ان الملكية الشخصية والجماعية لم يخل منها عصر من العصور •

---

(١٠٣) سالاى ـ المرجع السابق ـ ص ٦١ ـ ٦٤/ نزيه محمد الصــادق ـ المرجع السابق ـ ص ٥٨ ـ ٥٩/ محمدعلي حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ١٧٨ ـ ١٧٩ •

(١٠٤) نزيه محمد الصادق ـ المرجع السابق ـ ص ٥٨ ـ ٥٩ • حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ١٧٨ ـ ١٧٩ / تســالاى ـ المرجــع السابق ـ ص ٦١ ـ ٦٤ / محمد كامل ليله ـ المرجــع السابق ـ ص ٤٠٧ •

(١٠٥) نزيه محمد الصادق ـ المرجع السابق ـ ص ٥٩/ سالاى ـ المرجــع السابق ـ ص ٦٤ •

المطلب الثالث

الملكية في المجتمع الانجليزي

ان كبيرا من وجوه التماثل في المظاهر الاجتماعية والاقتصادية يلاحظ بين عهد الاقطاع وعهد سلطان الكنيسة في اوربا الغربية ، وبين مظاهر الحياة ابان القرون الوسطى في انجلترا • فقد زعم الاقطاعيون الانجليز بادىء الامر ان جميع الاراضي في البلاد قد صودرت بعد الحرب النورمانديه وقسمت الى مقاطعات منحت ملكيتها الى سادة الاقطاع الذين اقطعوهـا بدورهم الى تابعيهم وفق اجراء عرف بالاقطاع من الباطـن ، مقابـل أداء الخدمـات والالتزامات لهم(١٠٦) •

كما تميزت الفترة الزمنيه في انجلترا التي اعقبت عهد توما الاكويني في القارة بأن اغلبية السكان كانوا من الفلاحين الاحرار والعمال الاجراء الذين كانوا ينتفعون بأراضيهم المحدودة الى جانب انتفاعهم بالاراضي العامة من مراع وغابات للحصول على طعامهم وعلى قوت قطعانهم من الماشـية وعـلى الاخشاب الضرورية في الوقود(١٠٧) • اما اقنان الارض فكانوا يستخدمون من قبل سادة الاقطاع في استغلال الاراضي التي احتفظوا بهـا لانفسـهم ولتقديم الخدمات لهم(١٠٨) •

وعلى العموم ، فان الخدمات والالتزامات التي كان تكلف المنتفعون بالارض بهـا قـد قلت بمرور الزمن ، واذا كان الاسياد المرعيون قد تضاءل دورهـم بمـرور الـوقت ، فـان القـانون العمومي الانجليـزي

(١٠٦) J. Crossley - Personal property Op. Cit. P. 5.
E. Swinfen Green and N. Henderson - Land Law- Sweet and Maxwell - Second edition - 1970, P. 3.

(١٠٧) احمد محمد غنيم ــ تطور الملكية الفردية ــ المرجع السابق ــ ص٦٢ •

(١٠٨) احمد محمد غنيم ــ المرجع السابق ــ ص ٥٤ •

(common law) [(١٠٩)] لم يتحرر من فكرة الاقطاع • فالملكيه كانت ولا تزال تحتفظ بصورتها القديمه المبسطه • لان ملكيه جميع الاراضي من الناحيه القانونيه كانت تعود للتاج البريطاني او تكون بيد تابعي التاج بصفتهم حائزين لها [(١١٠)] •

لقد اقر المجتمع الانجليزي ملكيه الافراد للاموال الشخصية غير المنقوله ، شأنه في ذلك شأن سائر المجتمعات الاخرى • واذا كانت لسيد الاقطاع امتيازات على الاموال غير المنقوله ، فان هذه الامتيازات لا يمكن تصورها بالنسبه للمنقولات لسهولة تداولها ولقله اهميتها [(١١١)] •

ان المجتمع الانجليزي تميز بتعدد الملاك للارض الواحدة الذين تفاوتت سلطاتهم تبعا لنوع صور الملكيه • فالى جانب الملكية العقارية التامة اى الملك الصرف (fee simple) التي كانت تنشأ بسبب اقطاع او هبة أرض لشخص او لورثته [(١١٢)] ، وجدت ملكيه عقاريه اخرى أدنى منزلة ، هي الملكية المقيده الشبيهه بالوقف الذري في المجتمع الاسلامي (fee tail) والتى كانت تنتقل الى الورثة الشرعيين فقط بصوره متعاقبة وفقا لارادة

---

(١٠٩) يراد بالقانون العمومي Common law : القانون الانجليزى القديم غير المكتوب Unwritten أو غير المقنن والمستمد من العرف المستقر في البلاد .

HUGH H. V. FORBES - Real property law - the estates gazette limied - London - 1962, P. 19.

(١١٠) J. Crossley - personal property - Op. Cit, P. 5-6 HUGH H. V. Forbes - Op. Cit, P. 7.

(١١١) J. Crossley - Op. Cit, P. 8

(١١٢) J. Crossley - Op. Cit, P. 6

R. MEGARRY - A manual of the law of real property - Stevens and sons limited fourth edition - London - 1969, P. 14

الواهب قبل وفاته[113] . كما وجدت الى جانب هاتين الصورتين صورة ثالثة هي ، ملكية الشخص للعقار مدى حياته او مدى حياة شخص آخر لينتفع به. وقد سميت هذه الصورة في عهد متأخر بـ (حق الانتفاع الشخصي) الذي ينتهي بموت المنتفع[114] .

وقد ظلت الملكية الاقطاعية والعلاقات الاقطاعيــة ســائدة في المجتمع الانجليزي حتى بدأت تتزعزع في نهاية القرن الرابع عشر . فقد قامت عندئذ انتفاضات وثورات الفلاحين بزعامة (وات تايلر) كرد فعل للظلم الاجتماعي الذي لحق الاقنان والفلاحين الاحرار والعمال الاجراء الذين كانوا في خدمة الأقطاعيين ورجال الكنيسة . وقد حطموا الادبرة واستولوا على مدينة لندن مطالبين بالاصلاحات الاجتماعية والاقتصاديه واذا كانت هذه الثورة لم تنجح كليا بفعل قوة رجال الاقطاع وخداعهم[115] . وفشلت في تحقيــق مطاليب الفلاحين ، الا انها افادت في تزعزع أسس العلاقات الاقطاعيه وفي انهاء نظام الاقنان . وقد استفادت البرجوازية منها كثيرا في محاولتها القضاء على النظام الاقطاعي وفي الوصول الى السلطة ليحل الاستغلال الرأسمالي منذئذ محل الاستغلال الاقطاعي[116] ، ولتقوم الملكية الرأسمالية بديلا عــن الملكيــة الاقطاعيــة .

---

(113) J. Crossley - Op. Cit, P. 6.
E. Swinfen Green and N. Henderson - Op. Cit. P. 5-6.
R. MEGARRY - Op. Cit, P. 15.

(114) J. Crossley - Op. Cit, P. 6
R. MEGARRY - Op. Cit, P. 15.

(115) أحمد محمد غنيم — المرجع السابق — ص ٦٦ .

(116) نفس المرجع — ص ٦٦ — ٦٧ .

المبحث الثالث

الملكية في العصر الحديث

سأتناول بالبحث هنا ، فكرة الملكية في فرنسا باعتبارها من الدول التي يقوم بناؤها الاقتصادي على حرية تملك الاشخاص للاموال ، ولان القانون المدني العراقي تأثر في احكامه الى مدى كبير بأحكام القانون المدني الفرنسي بصورة غير مباشرة في هذا الشأن • كما سأتطرق بالبيان الى الملكية في الاتحاد السوفييتي الذي يعتبر طليعة الدول الاشتراكية الهادفة الى الغاء الملكية الفردية في نطاق وسائل الانتاج منذ قيام الثورة البلشفية في ١٩١٧/١٠/٧ والسائرة في درب التحول نحو الشيوعية • وسيتوزع هذا المبحث على اربعة مطالب ، هي التالية :

المطلب الاول

موقف بعض المفكرين من الملكية قبل الثورة الفرنسية

ذكرت قبل قليل ان الملكية الرأسمالية نشأت على انقاض الملكية الاقطاعيه ، وتركزت بسبب هجرة الفلاحين والعمال الاجراء والاقنان الى المدن للعمل في الصناعات ، وتوسع الاعمال التجارية عقب الحروب الصليبية واكتشاف امريكا ، وازدياد التعامل بالذهب والفضة • الا انها بلغت اوج نضارتها في عصر النهضة الاوربية ، بسبب انتشار الصناعات الكبيرة والحاجة الى الايدي العاملة(١١٧) • الامر الذي ساعد على الاعتقاد آنذاك ان الملكية

---

(١١٧) زكريا أحمد نصر ــ تطور النظام الاقتصادي ــ المرجع السابق ــ ص ١٠١ .

الخاصة لوسائل الانتاج تعد أهم حافز لنشاط الافراد وخير ضمان لحريتهم وأفضل طريق لتحقيق المصلحة العامة[١١٨] .

ان الحاجة الى الايدى العاملة دفعت اصحاب رؤوس الاموال الى جلب العبيد من افريقيا ودول اخرى لاستخدامهم في زيادة الانتاج في ظروف قاسية من الاستغلال وسوء المعاملة . وقد أدى ذلك ، اضافة الى تردى الاوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، الى ظهور دعوات وافكار نادت باصلاح هذه الاوضاع المتردية في كثير من الدول . وعلى الرغم من تعارض هذه الافكار في الاتجاه وفشلها في التطبيق ، الا ان لها الفضل الكبير في التمهيد لبعض الثورات . ففي فرنسا ساعدت آراء بعض المفكرين في اغناء الفكر الاشتراكي[١١٩] ، وفي انبثاق الثورة عام ١٧٨٩ . وسأشير فيما يلي الى ابرز هؤلاء المفكرين :

اولا ــ مونتسكيو (١٦٨٩ ــ ١٧٥٥) ــ فقد نادى هذا المفكر في كتابه روح الشرائع بالملكية الجماعية بقوله : ان الكل ينبغي ان يشترك في الانتفاع بالاموال كما ينتفع الناس بالهواء والضوء بصورة جماعية . ورأى ان الملكية الخاصة يجب ان تنظم وفقا للقوانين . وأوجب على الدولة ان تدفع التعويض العادل لمن تنزع منه ملكيته لاغراض المصلحة العامة[١٢٠] .

ثانيا ــ جان جاك روسو (١٧١٢ــ١٧٧٨م) ــ وقد دعا في كتابه (العقد الاجتماعي) الى المساواة بين الناس في المجتمع والى سيادة الجماعة . ورأى ان الشخص بدخوله المجتمع المنظم تنظيما سياسيا قد تخلى عن جميع حرياته وحقوقه الطبيعية لقاء التمتع بحقوق وحريات مدنية تلقاها من الجماعة . وسلم بأن المساواة المطلقة مستحيلة ولهذا دعا الى حصر التملك الخاص في اضيق الحدود . واذا كان البعض قد اعتقد يوما ما ان افكار

---

(١١٨) مصطفى الجمال ــ نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن ج ١ ــ حق الملكية ــ المكتب الشرقي للنشر والتوزيع بيروت لبنان ــ بدون سنة نشر ــ ص ١٠ .
(١١٩) أحمد جامع ــ المذاهب الاشتراكية ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨ .
(١٢٠) سالاى ــ تاريخ الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ٨٢ .

روسو كانت نذيرا بالشيوعية ، الا ان الواضح من مجمل آرائه انه اعتبر الملكيه الفرديه أقدس حقوق المواطن واساس الجماعة المدنية(١٢١) .

فقد رأى ، انه اذا كانت الارض وبعض الاشياء الاخرى مملوكة بصورة مشاعه بين الناس ، الا ان لكل انسان الحق في ان يملك اشياء خاصة به ناتجة عن جهوده(١٢٢) . ورأى كذلك انه لا يجوز للمالك ترك الارض الزراعية دونما استثمار ، كأن يترك الثمار حتى تفسد أو الارض دون استغلال لتنقلب بورا . فان فعل ذلك حق لاي شخص آخر ان يزرعها وتملك محصولها(١٢٣) .

وقد أيد روبسبير (١٧٥٨ — ١٧٩٤) افكار روسو واعتبر حق الملكية مقيدا بارادة المجتمع وخاضعا لمقررات مجموع الشعب(١٢٤) .

بالنا — بابيف (١٧٦٠—١٧٩٧ م) — الذى ذهب الى القول ان الارض ملك للجميع ينتفعون بها . كما ينتفعون بأشعه الشمس ودفئها ، ولهذا يجب استعمال جميع الاموال بصورة مشتركة . وقد كانت آراء بابيف ابرز الاراء الاشتراكية في تلك الفترة ، وحظيت بتأييد جماعة من المفكرين اطلق عليهم أسم (جماعة المتساوين) الذين بشروا بأفكار تهدف الى اقامة المساواة المطلقه . فدعوا الى توزيع الناتج القومي بين الناس وفقا للعمل الذى يقوم به

---

(١٢١) سالاى — المرجع السابق — ص ٨٣—٨٦ / أحمد جامع — المرجع السابق — ص ٤٠—٤١/ عبدالنبى ميكو — حق الملكية لدى كبر من قوانين العالم — بحث منشور في مجله القضاء والقانون تصدرها وزارة العدل المغربيه — السنه الثانيه عشرة عدد ١٢٠ بدون سنة نشر ، ص ٥٣٠ .
العقد الاجتماعى — سلسلة الالف كتاب تصدرها المجلس الاعلى لرعايه الفنون والاداب والعلوم الاجتماعيه — ترجمه عبدالكريم أحمد ومراجعة توفيق أسكندر — دار سعد مصر — بدون سنة نشر ص ٩٩—١٠٢ ، ٢٦٨ .

(١٢٢) العقد الاجتماعى — المرجع السابق — ص ٢٦٣ — ٢٦٨ .

(١٢٣) نفس المرجع — ص ٢٧٠ .

(١٢٤) سالاى — المرجع السابق — ص ٨٦ — ٨٧ / أحمد جامع — المرجع السابق — ص ٥٠ — ٥١ .

كل فرد ، والى وجوب ارتداء الجميع نفس الملابس وتناول نفس مقادير الطعام والحصول على نصيب متساو من التعليم • وبسبب ما تقدم اعتبر (بابيف) اول المبشرين بالشيوعية والممهد البارز لطريق الثورة في فرنسا وروسيا(١٢٥) •

المطلب الثـــاني

الملكية في ظل الثورة الفرنسية وتقنين نابليون

بتأثير من الدعوات والافكار التي حاولت انتشال المجتمع من ترديه ، انتفض الشعب الفرنسي وهاجم الثوار سجن الباســتيل الذى ســقط في ايديهم ، واشتعلت الثورة الفرنسية واكتسح الفلاحون قصور النبلاء وطالبوا بتحرير الأرض من التكاليف والحقوق المفروضة عليهم • وقد دفع ذلـــك الجمعية الوطنية الفرنسية الى اقرار قانون في ٤ آب عام ١٧٨٩ قضى بالغـــاء نظام الاقطاع وبأيلولة ملكية الاراضي الى مستغليها •

كما أصبحت الملكية بمقتضى المادة (١٧) من اعلان حقوق الانســان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ « حقا مقدسا لا يجوز انتهاك حرمته ، ولايجوز حرمان صاحبه منه ، الا اذا قضت بذلك في وضوح ضرورة من مصلحة عامة ثبتت قانونا ، وبشرط تعويض عادل يدفع مقدما »(١٢٦) • وقد أكدت هذا المبدأ المادة (٨٧) من دستور عام ١٧٩١ بنصها على ان « الملكية حق مقدس

---

(١٢٥) سالاى ــ المرجع السابق ــ ص ٨٨/ أحمد جامع ــ المرجع السابق ــ ص ٥٢ ــ ٥٥ .

(١٢٦) السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدنى ــ جـ ٨ ــ حق الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨٣ / عبدالمنعم الصده ــ حق الملكية ــ ط٣ ــ مطبعة البابى الحلبى ــ مصر ــ ١٩٦٧ ص ١٢ ــ ١٣ / نزيه محمد الصادق ــ الملكية في النظام الاشتراكى ــ المرجع السابق ــ ص ٦١ . كاترازوف ــ نظرية التأميم ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨٣ . محمد عرفان زدنى ــ ملكية الاراضى أو الاموال غير المنقولة ــ المرجع السابق ــ ص ١١٦ ــ ١١٧ .

لا يمس »[١٢٧] • وظلت الملكيه الخاصه فترة من الزمن من الحقــوق التي لا يجد الشك منفذا الى تبجيلها واعتبرت خلالها من ابرز مظاهر حرية الانسان واستقلاله[١٢٨] • وقد انتقلت صفتها المقدسة هذه الى التقنين المدني الفرنسي • فقد أمن بها واضعو مشروع التقنين • فقال احدهم وهو (لوفيه) ان للقانون غرضا رئيسا هو تنظيم مبادىء وحقوق الملكية[١٢٩] • وقــال (بورناليس) : لقد اعتبر من المبادىء الحرة دائما ان الملكية الفردية في التقنين المدني تدخــل ضمن الطبيعية ، بل النظم الالهية ، وان حقوق الملاك على أملاكهم حقوق مقدسة يجب ان تحترمها الدولة[١٣٠] •

ان تقديس الملكية الخاصة لم يستمر طويلا بعد الثورة الفرنسية • واذا كان تقنين نابليون الصادر عام ١٨٠٤ قد اعترف في أحد نصوصه بالصفة المطلقة لحق الملكية ، الا انه انكر هذا الاطلاق في النص نفسه اذا تصــرف المالك في ملكه تصرفا تنهى عنه القوانين والانظمة[١٣١] • وعلى ذلك نصت المادة ٥٤٤ من القانون المدني الفرنسي ، بقولها في تعريف حق الملكية : انه (الحق في الانتفاع بالشيء والتصرف فيه بشكل مطلق ، بشرط الا يستعمل الشيء اســتعمالا تحرمه القوانين والانظمة)[١٣٢] • ويلاحظ ان بعض الكتاب ذهب الى القول ان هذا القيد الذى اوردته هذه المادة ليس الا قيدا ظاهرا ، وان الصفه المطلقة لحق الملكية ظلت مسلما بها خوفا من عودة الملكية الاقطاعية بما تتضمنه من توزيع وتجزئة سلطات وعناصر حق الملكية[١٣٣] •

---

(١٢٧) السنهوري ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨٣ / سالاى ــ المرجع السابق ــ ص ٨٩ •

(١٢٨) عبدالمنعم الصده ــ المرجع السابق ــ ص ١٣ •

(١٢٩) سالاى ــ المرجع السابق ــ ص ٨٩ •

(١٣٠) السنهوري ــ ج ٨ ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨٣ / سالاى ــ المرجع السابق ــ ص ٨٩ / نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ٦٢ •

(١٣١) كاتزاروف ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٣ •

(١٣٢) السنهوري ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨٣ / سالاى ــ المرجع السابق ــ ص ٨٩ / نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٦٢ •

(١٣٣) نزيه محمد الصادق ــ الملكية في النظام الاشتراكي ــ المرجع السابق ــ ص ٦٢ •

والحق ان المسرع الفرنسي استطاع ان يحدث تغييرا في مفهوم حـــق الملكية تأثرا بمبادىء النورة ، بما نص عليه في المادة (٥٤٥) من التقنين المدني الصادر عام ١٨٠٤ من جواز تحديد الملكية وتقييدها ونزعها للنفع العـــام في الحالات التي يتبت فيها نوافر المصلحة العامة ، بسرط ان يقع ذلك مقابـــل تعويض عادل مسبق[١٣٤] • وقد استقر هذا المبدأ في فرنسا • واذا كـــانت المادة (٥٥٢) من التقنين المدني الفرنسي لم تحدد حدا أعلى لما يمكن للشخص تملكه ، الا ان ذلك لا يعني اطلاق حدود التملك • فقد ذهب كثير من الفقهاء الى القول انه ليس للشخص بالرغم من سكوت النص عن وضع حـــد أعـــلى لملكية الارض ان يملك اكثر مما تتحقق فيه مصلحته[١٣٥] •

ومع ذلك ، فان ما ذهب اليه الاستاذ السنهوري من ان التقنين المـــدني الفرنسي وقف عند دانية حق الملكية واغفل اكثر مظاهر الوظيفة الاجتماعيـــة لهذا الحق رأي سليم[١٣٦] ، الا ان التشريعات اللاحقة قيدت سلطات المالك في الاستعمال والاستغلال والتصرف فيمـــا تتعلق بملكيـــة المبانـــي والاراضي الزراعية ، وسلمت بخروج بعض الاموال من نطاق الملكية الخاصة ، ونظمت الملكية المعنوية من حيث استغلالها وحقوق اصحابها عليها[١٣٧] •

أخلص مما تقدم الى القول ، ان النزعة الفردية ، استعادت في ظل الثورة الفرنسية مكانتها التي كانت تحتلها ايام الرومان ولعبت دورا بارزا في الحياة القانونية كرد فعل لمساوىء النظام الاقطاعي ، ولم يكن لحقوق الجماعة دور ظاهر الا بعد فترة اعقبت الثورة ، حيث تم تقييد الحقوق وتنظيمها • كما ان الفترة التي اعقبت الثورة الفرنسية حتى نهاية الحرب العالمية الاولى وقيـــام

---

(١٣٤) كانزاروف ــ المرجع السابق ــ ص ٣٩ ، ٢٨٤ / نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٧٧/ عبدالنبي ميكو ــ حق الملكية لدى كثير من قوانين العالم ــ البحث السابق ــ ص ٥٣١ .

(١٣٥) عبدالنبي مكو ــ البحث السابق ــ ص ٥٣١ ومراجعه .

(١٣٦) السنهوري ــ جـ ٨ ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥٣ ــ ٥٥٤ .

(١٣٧) نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٧٥ ــ ٧٩ .

النورة البلنفية في ١٩١٧/١٠/٢٥ شهدت قيام النظام الرأسـمالي في جميع انحاء العالم[١٣٨] ٠

المطلب الثالث

موقف بعض المفكريـن من الملكية قبل الثورة البلشفية في روسـيا

اذا كان لاراء المفكرين والفلاسفة ، وخاصة ما ظهر منهـا قبيل النورة الفرنسية تأثير مباشر في نشوبها ، فان لهذه الاراء والدعوات التي طرحهـا المفكرون بعد الثورة الفرنسية تأثيرا بالغا في نشوب الثورة البلنفية في روسيا عام ١٩١٧ ٠ ولذلك يحسن بي بيان أبرز هذه الاراء التي أتخذت موقفا خاصا من الملكية كي أبيـن بعدها طبيعة ونطاق الملكية بعد الثورة البلشفية في روسيا٠ ان ابرز اصحاب هذه الاراء هم ٠

أولا ــ جيرالد ونستانلي ــ وهو مفكر يعتبر من ابرز من حدد معالم الفكر الاشتراكي الحديث بالرغم من ظهوره في منتصف القرن السابع عشر في انجلترا ٠ فقد دعا الى الغاء الملكية الفردية لوسائل الانتاج ، والى اقامـة المزارع الجماعية ورأى ان الملكية الخاصة هي سبب الصراع والتفاوت بين طبقات المجتمع ٠ ولذلك نادى بتوزيع الخدمات والسلع مجانا والحصول عليها من المخازن العامة دون مقابل[١٣٩] ٠

والحق ان آراءه سبقت افكـار (لينين) في اقـامة أسس الشيوعية وساهمت بعمق في نشوب ثورة اكتوبر عام ١٩١٧ ٠

---

(١٣٨) محمدعلي حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠٥ ٠
(١٣٩) محمدعلى حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨٢ ــ ٣٨٣ ٠

ثانيا ــ برودون Proudhon (١٨٠٩ــ١٨٦٥ م) ــ ويعتبــر من رواد الفكر الاشتراكي الاصلاحي الواقعي الذى ظهر في فرنسا • وقد هاجم الملكية الخاصة بعبارته المسهورة التي اوردها ردا على تساؤلاته في كتابه الموســوم (ما هي الملكية) بقوله : انها السرقة(١٤٠) •

لقد هاجم برودون الملكية الجماعية والشيوعية وملكية الدولــة بأعنف مما هاجم به الملكية الفردية(١٤١) • وبسبب ذلــك ، اعتبــر مــن المفكــرين الموضويين الذين ظهروا في القرن التاسع عسر •

ان كراهة برودون للشيوعية دفعته في نهاية مطافه الفكرى الى الدفاع عن الملكية الخاصة • فقد اعترف بها وبوظيفتها الطبيعية اذا استخدم الانسان جهوده لاشباع حاجاته اللازمة لحياته اليومية(١٤٢) •

والواقع ، ان انتقاده الملكية الخاصة على نحو متطرف وكشفه عيوبهــا ومساوئها ، لم يعن مطالبته بالغائها كليا ، وانما افاد رفضه وظيفتها الطبيعيــة المربحه ، وانتقاده الكسب الناشيء من استغلال جهود الاخرين • فقد أقر من حيث المبدأ الملكية الخاصة واعتبرها وقاية ضد التعسف ما دامت تمثل الحرية، ولكنه اشترط للاعتراف بها خلوها من العيوب والمساوىء(١٤٣) ، وفي مقدمتها خلوها من الكسب الناتج عن استغلال جهد الغير •

---

(١٤٠) نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ١١٨ / احمد جامــع ــ المرجع الســابق ــ ص ١٢٣/ محمدعلى حنبوله ــ المرجع الســابق ص ٤٠١/ سالاى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٢ــ١٠٣ •
كاتزاروف ــ المرجع السابق ــ ص ٤١ •

(١٤١) نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٣ ــ ١٣٤ •
محمدعلي حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٥ ــ ٤٠٦ •
أحمد جامع ــ المرجع السابق ــ ص ١٣١ •

(١٤٢) محمدعلي حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٥ ــ ٤٠٦ •

(١٤٣) نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ١١٨/ محمدعلى حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠٦ / شالاى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٢ــ ١٠٣/ أحمد جامع ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٤ ــ ١٢٨ •

لذلك فقد انتهى برودون الى تسميه الملكيه الخاصة بأسم الحيازة وهي في نظره الملكية المقيدة التي ينظمها المجتمع(١٤٤) .

ومهما كانت القيمة العلمية والعمليـــة لافكاره ، فان تطرفه وانتقاداته العنيفة لمساويء الملكية الخاصة كان لهما الاثر البالغ في ظهور آراء جديده في القرنين التاسع عشر والعشرين لعبت دورا فعالا في نشوب الثورة ، هي آراء كل من ماركس وفردريك انجلز ولينين .

ثالثا ــ كارل ماركس(١٤٥) (١٨١٨ ــ ١٨٨٣ م)

ان الاشتراكية الخيالية ، التي نادى بها بعض المفكرين المثاليين قبـــل الثورة الفرنسية وبعدها تشكل مقدمة للاشتراكية العلميه التي نادى بها كارل ماركس وصديقه فردريك انجلز ، اللذان يعدان واضعي الاسس العامة للنظرية للشيوعيه ، التي اعتبر لينين اول من سنحت له الفرصة لتطبيقهـا وفي اجـراء بعض التعديلات عليها(١٤٦) .

ان الاساس الاقتصادي للنظريه الماركسيه يقوم على الغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج الغاءا تاما واحلال ملكية الجماعة بديلا عنها . فقد اعتبرت هذه النظرية البناء الاشتراكي مرحلة انتقالية للوصول الى النظـام الشيوعي الذي يعتبر المرحلة الاخيرة من مراحل الماركسية التي تسود فيهـا العدالـة الاجتماعية وفقا لمبدأ (لكل حسب حاجته ومن كل حسب قدرتـه)(١٤٧) .

---

(١٤٤) ثريه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٥ ــ ١٤٧ ، ١٥٧ .

(١٤٥) محمدعلى حنبوله ــ الوظيفة الاجتماعيه للملكيه الخاصــه ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨٦ .
أحمد جامع ــ المذاهب الاشتراكيه ــ المرجع السابـق ــ ص ١٦٩ــ ١٧٠ ، ص ٣٤٩ .

(١٤٦) كاتزاروف ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤ .

(١٤٧) محمدعلى حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨٩ .
محمد باقر الصدر ــ اقتصادنا ــ ط ٢ ــ بيروت ــ ١٩٦٨ ص ١٩٠ .
بيان الحزب الشيوعى ــ ماركس وانجلز ــ دار التقـدم ــ موسـكو ١٩٧٠ ص ٦٠ ــ ٦١ ، ص ٦٩ .

وقد اصدر ماركس وانجلز البيان الشيوعي سنة ١٨٤٨ المتعلق بالملكية الخاصة ميزا فيه بين نوعين من انواع الملكية(١٤٨) • اولهما ، الملكية الشخصية ، وهي الملكيه التي ترد على الاموال الاستهلاكية الضرورية كالطعام والملابس والاواني المنزليه وغيرها من المنقولات والتي تعتبر امتدادا لشخصية الفرد ولا غنى عنها في حياة أى انسان ، وتتحدد بأشباع الرغبات • وثانيهما ، الملكية الخاصة وهي الملكية التي ترد على الاموال التي تستخدم في انتاج اموال اخرى كالارض والآلات والمكائن والمعدات وغيرها من الاشياء • وقد حظرت النظريه الماركسية على الاشخاص تملكها ، لانها سبب نشوء التفاوت الطبقي ، ومرجع الصراع بين طبقات المجتمع ، واساس الاستغلال والظلم الاجتماعيين ومصدر الازمات الاقتصادية والاجتماعية(١٤٩) • ولذلك فان من الواجب نقل ملكيتها الى الجماعة(١٥٠) •

وقد دعم الماركسيون رأيهم هذا ، بما ساقوه من بيان لأصول نشوء الملكية • فقد اكدوا انها كانت في بداية الامر ملكية جماعية ، ولم يكن للافراد سوى حق الحيازة فيها(١٥١) •

---

(١٤٨) بيان الحزب الشيوعي — المرجع السابق — ص ٦٢ — ٧٠ •
عبدالحميد متولى — القانون الدستوري والانظمة السياسيه حـ ١ دار المعارف الاسكندرية ط ٤ ، ١٩٦٦ ص ٣٤٥ •
سالاى — المرجع السابق — ص ١٠٧ •

(١٤٩) نزيه محمد الصادق — المرجع السابق — ص ١٩١ •

(١٥٠) عبدالحميد متولى — المرجع السابق — ص ٣٤٤ — ٣٤٧ ، ٣٥٢ — ٣٥٣
نزيه محمد الصادق — المرجع السابق — ص ١٧٧ ، ١٨٥ — ١٩٢ •
سالاى — المرجع السابق — ص ١٠٦ / كاتزاروف — المرجع السابق — ص ٤٢ — ٤٣ •
حسن كيره — اصول القانون المدنى — حـ ١ — الحقوق العينيه الاصلية — المرجع السابق ص ١٥٣ •

(١٥١) تفصيل ذلك انظر : محمدعلى حنبوله — المرجع السابق — ص ٣٩٢ — ٣٩٣ •
فردريك انجلز — اصل العائلة والملكيه الخاصة والدولة — ترجمة الدكتور فؤاد ايوب — دمشق ١٩٥٨ ص ١٣٧ •

والواقع ان ماركس في دعوته للشيوعيه ، وصف حركته بأنها حركـــة عمالية بحته[١٥٢] ، تهدف الى تحرير الطبقه العامله من الاستغلال والقيود ، عن طريق استعمال القوة في صوره ثورة عارمه تسيء المجتمع الشيوعي الذي تنعدم فيه الفوارق الطبقيه وتسود فيه المساواه وتختفي فيه الصراع الطبقي ، وعن طريق دكتاتورية الطبقة العاملة التي تمثل مرحلـــة وقتيـــة للوصول الى الهدف الاساس[١٥٣] .

رابعا ــ لينين[١٥٤] (١٨٧٠ ــ ١٩٢٤ م) ــ ان النظرية الماركسية لم تجد مفكرا شيوعيا ينقلها الى مجال التطبيق العملي غير لينين الذى تحقق تطبيقهـــا على يده في المجتمع الروسي . فقد تولى بنجاح تطبيقها وسد ثغراتها . فأعترف بحق الافراد في الارث ضمن حدود معينة ، ورأى ان السبيل الاول والكميل باقامه صرح النظام الاشتراكي هو التأميم[١٥٥] .

وقد اصدر لينين بعد ان تسلم السلطه عقب انتصار الثورة الاشتراكية في روسيا عددا من المراسيم والقوانين لتنظيم الاسس الاجتماعيه والاقتصاديه والسياسيه ، كان للملكية نصيب كبير فيها[١٥٦] . وقد احتلت افكار لينين مكانا مرموقا في مجال أسس التشريع الارضي لاتحـــاد الجمهوريـــات الاشتراكية

---

(١٥٢) عبدالحميد متولي ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤٦ .
بيان الحزب الشيوعي ــ المرجع السابق ــ ص ٧٨ .

(١٥٣) محمدعلى حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨٧ ، ٣٩١ .
بيان الحزب الشيوعي ــ المرجع السابق ــ ص ٨٩ .

(١٥٤) راجع ــ محمدعلي حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٣٩٣ / أحمـــد جامع ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٤ ــ ٣٥٥ .
لينين ــ مختارات ــ ج ١ ــ دار التقدم ــ موسكو ١٩٦٨ ص ٥ــ١٤

(١٥٥) كاتراروف ــ نظرية التأميم ــ المرجع السابق ــ ص ٤٥ .

(١٥٦) انظر : مرسوم السلام الاول والمرسوم الثاني الذى تلاه لينين بعـــد انتصار الثوره في روسيا حيث تم بموجب المرسوم الاخير الغاء الملكيه الاقطاعيه للارض بدون تعويض .
ليلتشوك ، بولياكوف ، بروتوبوبوف ــ موجز تاريخ المجتمع السوفيتي ــ ترجمه خيري الضامن ــ دار التقدم ــ موسكو ــ ١٩٧٣ ص ٤٧ــ٤٩ .
سالاى ــ تاريخ الملكيه ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٤ .

السوفييتية والجمهوريات المتحدة الصادر في ١٢ كانون الاول سنة ١٩٦٨ ، التي جاء في مطلعها : « ان المرسوم الخاص بالارض الصادر من المؤتمر الثاني للسوفيتات لعموم روسيا بتاريخ ٢٦ أكتوبر (تسرين الاول) (٨ نوفمبر — تسرين الثاني) ١٩١٧ ، فد الغى الى الابد الملكيه الخاصة للارض ، وحول جمع الارض الى ملكيه السعب كله وسلمها الى الكادحين للانتفاع بها »[١٥٧] • كما ان « ملكية الدولة للارض الناجمة عن التأميم ، تكون اساس العلاقات الارضية في اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية »[١٥٨] • اما الملكية السخصية فهي مستقة من الملكية الاشتراكية وتعد وسيلة هامة لتلبية حاجات المواطنين[١٥٩] • ولهذا يتعين عليّ بيان طبيعة ونطاق الملكية في روسيا بعد الثورة البلسفية •

المطلب الرابع

الملكية في روسيا بعد الثورة البلشفية عام ١٩١٧

كان هدف المراسيم والتشريعات التي صدرت بعد الثورة البلشفية عام ١٩١٧ تنظيم اسس الملكية الاشتراكية في روسيا • فالى جانب المرسوم الثاني الذى تم بموجبه تأميم الارض والصادر في ١٩١٧/١١/٨[١٦٠] ، خطت الدولة

---

(١٥٧) اسس التشريع لاتحادالجمهوريات الاسراكية السوفيتية والجمهوريات المتحدة — ترجمة الدكتور بروت انس الاسيوطي — دار التقدم — موسكو — ١٩٧٤ ص ٤ •

(١٥٨) نفس المرجع — ص ٤ •

(١٥٩) نفس المرجع — ص ١٨٥ •

(١٦٠) للتسوك ، بولياكوف ، بروتوبوبوف — موجز تاريخ المجتمع السوفتى — المرجع السابق ص ٤٨ — ٤٩ / سالاى — المرجع السابق — ص١٢٤/ عبدالنبي ميكو — حق الملكية لدى كثير من قوانين العالم — البحث السابق — ص ٥٣٦/ اسس النشريع لاتحاد الجمهوريت الاستراكية السوفيتية — المرجع السابق — ص ٤ •

حطوات تقدمية واسعة في ميداني الصناعة والتجارة . فقد تم تأميم الصناعة والمصارف كافة بالمرسوم الصادر في ١٩١٧/١١/١٧ . وأمم الاسطول التجاري ، واحتكرت الدولة جميع اعمال الملاحة البحرية وأعمال النقل المائي[١٦١] ، وسيطرت الدولة على شركات التأمين والسياحة ، بمقتضى قرارات اصدرتها السلطات المحلية في روسيا قبل سنة ١٩٢٠ قضت بتأميم جميع المشروعات ووسائل الانتاج تأميما كاملا[١٦٢] . وقد مر التأميم بالنسبة الى ميدان التجارة ، في مراحل متدرجة حتى انتهى الامر الى التأميم الكامل لكل من الصناعة والتجارة بموجب ما قضت به المادة الرابعة من دستور ٥ كانون الاول عام ١٩٣٦[١٦٣] .

ان الرجوع الى دستور الاتحاد السوفييتي الصادر عام ١٩٣٦ يؤكد الاعتراف بأنواع عديدة من الملكية ، هي :

---

(١٦١) كاتزاروف — المرجع السابق — ص ٨٣ .
ليلتشوك ، بولياكوف ، بروتوبوبوف — المرجع السابق — ص ٦٥ ، ١٣٨ .
(١٦٢) كاتزاروف — نظرية التأميم — المرجع السابق — ص ٨٤ .
(١٦٣) المرجع ذاته — ص ٨٤ — ٨٥ .
لقد نصت المادة الرابعة من دستور اتحاد الجمهوريات الاسراكية السوفيتيةلعام ١٩٣٦ على ان «الاساس الاقتصادي لاتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية هو النظام الاشتراكي في الاقتصاد والتملك لادوات الانتاج ووسائله ، اللذين رست دعائمهما على اثر تصفية النظام الرأسمالي في الاقتصاد ، والغاء التملك الفردي لادوات الانتاج ووسائله، والقضاء على استثمار الانسان للانسان » .
رينيه دافيد وجون هازارد — الحقوق السوفيتية — ترجمة عبدالوهاب الازرق ومحسن العباس — مراجعة الدكتور محمد الفاضل ح ١ منشورات المجلس الاعلى لرعاية الفنون والاداب والعلوم الاجتماعية — دمشق ١٩٦٩ ص ٤٧٧ .

أولا ــ ملكية الدولة لاموالها والتي نصت عليهــا المادتان الخامســة والسادسة من الدستور[١٦٤] .

ثانيا ــ الملكية التعاونية او ملكيه الكولخوزات التي نصت عليها المادة السابعة من الدستور[١٦٥] .

ويقصد بالكولخوز النظام الانموذجي للمزرعة الجماعية ، التي تعنــى تجمعا حرا لاشخاص يشتركون في استثمار زراعي ، ويقتسمون الارباح التي ساهموا في تحقيقها[١٦٦] ولذلك فهي تعد جزءا من الملكية الاشتراكية[١٦٧] .

ثالثا ــ الملكية الخاصة باشكالها القابلة لتملك الافراد ، والتي يكــون

---

(١٦٤) R. KHALF in A - Personal property in the USSR. Progress publishers - first printing 1966 - P. 5.

رنيه دافيد وجون هازارد ــ الحقوق السوفيتية ــ المرجع السابق ــ ص ٤٧٨/ عبدالنبى مبكو ــ البحث السابق ــ ص ٥٣٧ .
زكريا احمد نصر ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨٨ / كاتزاروف ــ المرجع السابق ــ ص ٨٥ .
وانظر المادتين ٩٤ و٩٥ من القانون المدنى لجمهورية روسيا الاتحاديــة الاشتراكية السوفيتية ترجمة الدكتور ثروت انيس الاسيوطى ــ دار التقدم ــ موسكو ــ ١٩٧٣ ص ٥٦ .
وانظر المادة ٢١ من المبادىء العامة لاسس التشريع المدنى لاتحــــاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية والجمهوريات المتحدة ــ المرجــع السابق ــ ص ١٩٨ .

(١٦٥) R. KHALFINA - Op. Cit. P. 5-6, P 11, P. 33-35.

رنيه دافيد وجون هازارد ــ المرجع السابق ــ ص ٤٧٨ .
وانظر المواد ٩٩ــ١٠١ من القانون المدنى لجمهورية روسيا الاتحاديــة الاشتراكية ــ ص ٥٩ ــ ٦١ .

(١٦٦) رنيه دافيد وجون هازارد ــ الحقوق السوفيتية ــ ج ٢ ــ ترجمــة عبدالوهاب الازرق ومحسن العباس ــ مراجعة الدكتور محمد الفاضل ــ منشورات المجلس الاعلى لرعايه الفنون والاداب والعلوم الاجتماعية ــ دمشق ــ ١٩٦٩ ص ٢١٦ ــ ٢١٧ .

(١٦٧) القانون المدنى لجمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية السوفيتية ــ المرجع السابق ــ ص ٥٦ المادة (٩٣) .

هدفها اشباع الحاجات المادية والمعنوية للمالك كالاقتصاديات العردية الصغيرة للفلاحين والحرفيين المنفردين المبنية على العمل النشخصي والتي نصت عليها المادة التاسعة من الدستور[168] .

رابعا ــ الملكية الشخصية التي تعتبر من الحقوق المعترف بها للمواطنين السوفيت . وعليها نصت المادة العاشرة من الدستور بقولها « يحمي القانون حق المواطنين في الملكية الشخصية للمداخيل والمدخرات الحاصلة من عملهم ، ولمسكنهم واقتصادهم المنزلي الاضافي ، وللادوات المستعملة في منزلهم لقضاء حاجاتهم اليومية ، ولحاجيات الاستعمال ووسائل الراحة النشخصية ، كما يحمي القانون حق المواطنين في وراثة الملكية النشخصية)[169] . وواضح ان

---

(١٦٨) انظر نص المادة التاسعة :

R. KHALFINA - Op. Cit. P. 12.

وقد نصت على انه « الى جانب النظام الاسنراكي في الاقتصاد ، الذي هو الشكل السائد من أشكال الاقتصاد في الاتحاد السوفيتى ، يسمح القانون بوجود اقتصادات فردية للفلاحين والحرفيين المنفردين ، المبنية على أساس العمل الشخصى والخالية من استثمار جهود الاخرين » .

زاغو رود نيكوف ، سمولیار تشوك ، بوروفيكوف ــ نبذة موجزه عن قانون العمل والقانونين المدني والجنائي في البلدان الاستراكية ــ دار التقدم موسكو بدون سنة نشر ص ١٣٢ ــ ١٣٣ .

زكريا أحمد نصر ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨٦ ــ ٤٨٧ .

(١٦٩) R. KHALFINA - Op. Cit. P. 5

وأنظر أيضا المادة ٢٥ من أسس التشريع لاتحاد الجمهوريات الاستراكية السوفيتية والجمهوريات المتحدة ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠١ .

رينيه دافيد وجون هازارد ــ حـ ١ المرجع السابق ــ ص ٤٧٩ .

رينيه دافيد وجون هازارد ــ الحقوق السوفيتية ــ ترجمة عبدالوهاب الازرق ومحسن العباس مراجعة الدكتور محمد الفاضل حـ ٢ المرجع السابق ــ ص ٤٦ .

الاعتراف بحق الارث ، ينطوى على تأكيد للحافز الشخصي عـلى مواصلـة الانتـاج[١٧٠] •

يتضح مما تقدم ، ان المبادرات التشريعية التي حصلت في روسيا بين عامي ١٩١٧ و ١٩٣٩ ، أدت الى تغير ملحوظ في مفهـوم حق الملكية • ذلك لان النظرة الى الملكية بعد ان كانت تسم بالصبغه المطلقه المقدسة ، اخذت تهدف الى تأكيد الجانب الاجتماعي في الملكية لما لها من مساس بمصالح المجتمع[١٧١] ، ولما يراه الرأى السائد من ان الحاجات الفردية للمواطنين السوفييت تشـبع بصورة اوسع واعمق عن طريق المجتمع[١٧٢] •

أنني اخلص مما سبق بيانه الى القول ، ان الملكيـة الشخصية اقرتهـا المجتمعات الانسانية المتحضرة واعترفت بها المجتمعات البدائية ، لانها تمثـل استجابة طبيعية لحاجات الانسان في الحياة • اما الملكية الخاصـة لوسـائل الانتاج فانها وجدت الى جانب الملكيه الجماعية في بعض فترات التاريخ واعتبرت حقا طبيعيا جامعا مانعا دائما ، الا انها خضعت لقيود حدّت من اطلاقها تنظيما لها وضمانا لمصلحة الجماعة • لان العلاقة الناشئة عنها لم تعد قاصرة عـلى سلطه المالك على ما يملك وانما اضحى الوسط الاجتماعي طرفا ثالثا فيها • وقد تبلورت هذه النظـرة في فرنسا عـلى الاخص على يـد الفقيهين جوسران

---

(١٧٠) زاغوردونيكوف ، سمولياز نتسوك ، بورو فيكوف ـ المرجع السابق ـ ص ١١٩ ـ ١٢٣ •

الاقتصاد السياسى للاشتراكية ـ ترجمة خيري الضامن ـ دار التقدم ـ موسكو ، منشورات مكتبة النهضة ـ بغداد ـ ١٩٧٢ ص ٧٧ •
كرافتسوف ـ عرض موجز لنظريات الدولة والقانون ـ المرجع السابق ـ ص ١٤٠ •

وانظر المواد من ١٠٥ ـ ١١٥ حول تنظيم الملكية الشخصية ـ في القانون المدنى لجمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية السوفيتية •

(١٧١) كاتزاروف ـ المرجع السابق ـ ص ٩٣ ، ٣٠٨ / كرافتسوف ـ عرض موجز لنظرية الدولة والقانون ـ المرجع السابق ـ ص ١٤٠ •

(١٧٢) R. KHALFINA - Op. Cit. P. 6.

وديجي(١٧٣) . كذلك تطور مفهوم الملكية الخاصة في المانيا الغربية الى أن أصبحت حقا مقيدا بعد ان كانت سلطة مطلقة(١٧٤) .

اما النظم الاشتراكية فهي تلجأ الى تأميم وسائل الانتاج الرئيسة مع تفاوت في التطبيق من بلد الى آخر ، وبعضها يبقي على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج في حدود ضيقة للغاية كما هو الحال بالنسبة للحرفيين ، الا ان الملكية الشخصية للادوات والملابس والاشياء الضرورية الاخرى التي يحتاج اليها المواطن تظل معترفا بها حتى في النظم الاشتراكية .

والحق ان الملكية الخاصة لوسائل الانتاج فيها جانبان ، احدهما ذاتي والاخر اجتماعي ، حيث يعد الجانب الاجتماعي رأس الرمح في الولوج الى حصون القطاع الخاص وتجنيده من اجل تنفيذ خطة التنمية والتحولات الاشتراكية .

ان البحث يقتضينا بعد القاء نظرة على تطور الملكية الخاصة من الناحية التأريخيه وموقف المجتمعات الانسانية منها وما آلت اليه من الاقرار لها بدور اجتماعي ينبغي على المالك ان يؤديه بأمانة ، ان نوضح طبيعة الملكية في كل من الشريعة الاسلامية والقانون العراقي وان نلم بالمبادىء التي تحكم الملكية في كل منهما. ان الاحاطة بكل ذلك تقتضيني توزيع البحث على بابين. اخصص اولهما لبيان طبيعة الملكية الخاصة في كل من الشريعة الاسلامية والقانون العراقي . وافرد ثانيهما ، لتفصيل المبادىء التي تنظم الملكية الخاصة في الشريعة الاسلامية والقانون العراقي .

---

(١٧٣) د . ثروت انيس الاسيوطي ــ المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية ــ مجلة مصر المعاصرة ــ العدد ٣٣٦ ــ السنة الستون ــ ابريل ١٩٦٩ ص ٤١٩ وما بعدها .

(١٧٤) د . ثروت الاسيوطي ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦٥ وما بعدها .

الباب الأول

طبيعة الملكية

في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي

تمهيـــد :

بعد ان اتضحت لنا المواقف المتباينة للفلاسفة والمفكرين ورجال التشريع حيال الملكية في مختلف العصور ، انتقل الى صميم موضوع هـذه الرسـالة متصديا لبيان طبيعة الملكية في كل من الشريعة الاسلامية والقانون العراقي في هذا الباب ، وسأحاول عرض مختلف الاتجاهات فيهما ، ولذلـك سـأقسم البحث الى فصلين اخصص اولهما للكلام على طبيعة الملكيـة في ظـل مبادىء الشريعة الاسلامية ، واتناول بالبحث في ثانيهما طبيعة الملكية الخاصة ومظاهر وظيفتها في القانون العراقي ،

الفصل الأول

طبيعة الملكية في الشريعة الاسلامية

لقد تعددت صور الملكية في المجتمع الاسلامي . فالى جانب الملكية الجماعية وجدت الملكية الفردية التي خضعت للقيود تنظيما لها وضمانا لتحقيق مصلحة الجماعة . الا ان الشريعة الاسلامية تفتقد وجود نظريات عامة متكاملة الجوانب تحكم الاوضاع القانونية ، ومنها نظرية عامة تنظم الملكية ، بالرغم من وجود كثير من الآيات القرآنية الكريمة والاحاديث النبوية الشريفة وآراء للصحابة رضوان الله عليهم ولفقهاء المسلمين تلزم المالك بأستعمال ملكه على نحو يتفق ومقاصد الشارع العليا من شرعه .

ان الاحاطة علما بتحديد طبيعة الملكية في الشريعة الاسلامية يقتضيني توزيع البحث على اربعة مباحث . يتعلق اولها ببيان الاتجاه الفردي في تحديد طبيعة الملكية الذي نادى به كثير من فقهاء المسلمين . واتكلم في ثانيها ، على الاتجاه الجماعي للملكية الذي سلكه بعض رجال الشريعة . واعرض في ثالثها الى اتجاه آخر ، آمن بالجانب الذاتي والاجتماعي معا للملكية الخاصة . ثم أختم الفصل بمبحث رابع أوضح فيه انواع الملكية في الاسلام .

المبحث الاول

الاتجـــاه الفردي

الملكية حق مطلق للفرد

ذهب بعض فقهاء المسلمين ، الى القول ان الملكية المردية تجيـــز جميع الـصرفات الـي تصدر من المالك فيما يملك • وقد برروا هدا النصرف ببعض الادله • فمد جاء في نهاية المحتاج للفقيه الرملي النافعي ، ما يأتي : (ويتصرف كل واحد من الملاك في ملكه على العادة في التصرف وان تضرر بــه جاره او افضى لاتلاف ماله •••)[1] • وحجة النافعية في ذلك ان الحديث النبوى (لا ضرر ولا ضرار) لم يقصد به تقييد تصرفات المالك ، لان في هذا التفييد ضررا اسد من الضرر الذى يصيب الغير منه ، ولان دفع الضرر الاشد عـــن المالك اولى من دفع الضرر الاخف عن الغير • اما تفسير الحديث النريف المشار اليه ، فهو (انه لا ضرر في ان لا يحمل على رجـــل في مالـــه ما ليس بواجب عليـــه)[2] •

ولقد اتجه كثير من ففهاء الزيدية والظاهريه الى الاخذ بالرأى الـــذى يقضي بأطلاق حرية التصرف في الملك الى مدى اوسع • فجاء في البحر الزخار من كتب الزيدية ما يلي : (ولكل ان يفعل في ملكه ما شاء وان ضار الجـــار اجماعا)[3] • الا أنهم استثنوا من هذه القاعدة منع مضار الجوار بين الملاك

---

(۱) نهايه المحتاج الى سرح المنهاج ـ لسمس الدىن محمد بن ابى العباس أحمد بن حمزه بن سهاب الرملى ـ العاهره ـ مطبعه مصطفى البابى الحلبى ـ ۱۹۳۸ (حـ ٥) ص ۳۳۳ .

(۲) محمد فاروق النبهان ـ الاتجاه الجماعى في الســـريع الامصـــادي الاسلامى ـ ط ۱ بيروت دار الفكر ۱۹۷۰ ص ۱۹۹ .
فتحى الدرىنى ـ الحق ومدى سلطان الدوله في تمىده وىطريه التعسف في اسعمال الحق في الفعه الاسلامى ـ (رساله معدمه لجامعه الارهر لنيل درجه الدكتوراه في السريعة الاسلاميه) ط ۱ مطبعه جامعه دمسق ۱۹٦۷ ص ۲۸۳ .

(۳) البحر الزخار ـ الجامع لمذاهب علماء الامصار ـ لاحمد بن يحيى بـــن المرتضى حـ ٤ ط۱ ، العاهره ـ مطبعة السنةالمحمدية ـ ۱۹٤۹ ص۷۱ .

المتقاسمين • حيث يقع على كل شريك التزام ضمني بألا يسبب ضررا لشركائه حسب الامكان[٤] • وأرى ان المقصود من عبارة (حسب الامكان) هو تجنب الشريك الضرر الفاحش لا الضرر اليسير الذى لا يمكن التحرز من وقوعه • وذكر الامام ابن حزم الظاهرى في المحلى انه : (ولكل ان يفتح ما شاء في حائطه من كوة أو باب ، أو ان يهدمه ان شاء في دار جاره ، أو في درب غير نافذ او نافذ ، ويقال لجاره : ابن في حقك ما تستتر به على نفسك ، الا انه يمنع من الاطلاع فقط ••)[٥] •

ان تبرير رأى الظاهرية بعدم وضع الالتزامات والقيود على سلطات المالك ، يرجع الى ان كل ذى حق اولى بحقه ، ولعدم وجود دليل من القرآن والسنة النبوية تقيد حق المالك في فتح ما يشاء من نوافذ او ابواب[٦] في حائطه او في حقله • فالاصل عند الظاهرية ، هو التسليم للمالك بحق التصرف في ملكه وان ترتب على ذلك ضرر يلحق بجاره ، لان القاعدة العامة لاتقيد عدم المنع من مضار الجوار • والسبب في ذلك ان حديث الرسول (ص) (لا ضرر ولا ضرار) قد جاء مرسلا وان كان معناه صحيحا • فقال الامام ابن حزم : ولا ضرر اعظم من ان يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقا[٧] • ولكنه يقرر في حدود ضيقة ، انه لا يجوز لاحد ان يدخن على جاره لانه أذى وقد حرم الله تعالى أذى المسلم[٨] •

اما الاحناف ، فان ظاهر الرواية عن الامام ابي حنيفه وصاحبيه تفيد ان

---

(٤) البحر الزخار — المرجع السابق — ص ١٠٢ •

(٥) المحلي — لأبى علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري — تحقيق احمد محمد شاكر بيروت — المكتب التجاري (بدون سنه نشر) ج ٨ ص ٢٤١ •

(٦) المحلي — المرجع السابق — ص ٢٤١ •

(٧) المحلى — المرجع السابق — ص ٢٤١ •

(٨) المحلى — المرجع السابق — ص ٢٤٢ •

ملك العقار يكون خالصا لصاحبه . ولم يعتبر الامام أبو حنيفة حديث الرسول (ص) « لا ضرر ولا ضرار » اصلا من اصول تقييد حق الملكية[٩] . وقد سئل في مجال فتح الكوه على الجار ، فأجاب : ان للمالك ان يتصرف في خالص ملكه ما يشاء من التصرفات وان كان يؤدى الى الحاق الضرر بغيره[١٠]. وقد عبر عن ذلك السرخسي في المبسوط قائلا :ـ « ان من يتصرف في خالص ملكه لم يمنع منه في الحكم وان كان يؤدي الى الحاق الضرر بالغير ألا ترى ان من اتجر في حانوته نوع تجارة لم يمنع من ذلك وان كانت تكسد بسببه تجارة وان اصحاب الحوانيت يتأذون بغبار سنابك الدواب المارة ، وأن يتأذى المارة بدخان نيرانهم التي يوقدونها في حوانيتهم ثم ليس للبعض منع البعض من ذلك)[١١] . ومما يتعلق بذلك ، ان رجلا جاء الى الامام ابي حنيفة (رض) قائلا : (ان جارى اتخذ مجمده بجانب حائطي ، فقال له الامام اتخذ انت أتونا بجنب الحائط ليذيب هو ما يجمع من الجمد)[١٢] .

يتضح من ذلك ، ان الامام ابا حنيفه لم يشأ تقييد حق الملكية ، لانه رأى ان معنى الملك التام في الشريعة الاسلاميه هو حرية التصرف الكاملة فيما يملك . ومع ذلك فان حق الملكية مقيد ديانة ، ولكنه غير ملزم للمالك ، لما للوازع الديني من اثر كبير آنذاك . فلا يجوز ان تتخذ الملكية وسيلة او ذريعه الى الاضرار بالاخرين عمدا[١٣] . والضرر العمد هو الضرر الفاحش

(٩) فتحى الدريني ـ المرجع السابق ـ ص ٣٥٤ / محمد ابو زهرة ـ الملكيه ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ـ القاهره ـ مطبعة فتحالله الياس نورى واولاده ـ ط ١ ، ١٩٣٩ ص ١٠٤ .
احمد ابراهيم بك ـ كتاب المعاملات الشرعيه الماليه ـ القاهره ـ مطبعه النصر ـ ١٩٣٦ ص ٢٩ .

(١٠) الفتاوى الخيريه لنفع البريه ـ للنعمان بن ثابت ابى حنيفه ـ القاهره المطبعة المريه ببولاق ـ ط ٢ ج ٢ ، ١٣٠٠هـ ص ٢٠٢ .

(١١) المبسوط ـ للسرخسي ـ ج ١٥ ـ القاهرة ـ مطبعة السعاده (بدون سنة نشر) ص ٢١ .

(١٢) المبسوط ـ المرجع السابق ـ ص ٢١ / محمد ابو زهره ـ المرجع السابق ـ ص ١٠٤ هامش (١) .

(١٣) المبسوط ـ المرجع السابق ـ ص ٢١ .

الذي يمنع الحوائج الاصلية، ويسأل صاحب الملك عنه ، أما ماعدا ذلك فلا قيد على تصرفات المالك فيه[١٤] • والى هذا ذهب الزيلعي الحنفي قائلا : (ان للانسان ان يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له ان يتخذ من داره حماما لان ذلك لا يضر بالجيران وما فيه من النداوة يمكن التحرز عنه بأن يبني بينه وبين جاره حائطا وعن أبي يوسف رحمه الله ان الجيران اذا تأذوا من دخانه فلهم منعه الا ان يكون دخان الحمام مثل دخانهم)[١٥] •

وجاء في الحاشية لابن عابدين ما يؤكد الاتجاه الفردى المطلق لرأى المتقدمين من الاحناف ، بشأن فسخ الاجارة ، بالقول ان تكاليف اصلاح بئر الماء والبالوعه والمخرج على المالك ، وان اخراج التراب والرماد على المستأجر، وان تفريغ البئر من الماء اذا امتلأت على المالك ، الا انه لا يجوز اجباره على اصلاح ملكه ، فان فعله المستأجر فهو متبرع • وحجة الاحناف في ذلك ، ان المعقود عليه هو منفعة السكنى ، وان شغل باطن الارض لا يمنع الانتفاع بظاهرها من حيث السكنى ، ولهذا لو سكنه مشغولا لزمه كل الاجر وانما للمستأجر ولاية الفسخ لانه تعيب المعقود عليه[١٦] •

لقد ذهب الاحناف ايضا ، في نطاق ملكية العلو والسفل ، الى عدم اجبار المالك على عماره ملكه اذا تهدم السفل بدون تعد منه ، لكي يستفيد صاحب العلو من العماره ، خلافا للحنابلة الذين رأوا اجباره على ذلك، وخلافا للمالكية الذين رأوا ان الحاكم يأمر صاحب الدور الاسفل بأن يعمر فان لم يفعل يقضى

(١٤) شرح فتح القدير — لكمال الدين بن الهمام — ح ٥ — ط ١ — القاهرة — المطبعة الكبرى الميرية ببولاق — ١٣١٦ هـ ص٥٠٦ (طبعة الاوفسيت) . المبسوط — المرجع السابق — ص ٢١ — ٢٢ .

(١٥) تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق — لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي — القاهره — المطبعة الاميرية ببولاق — ح ٤ ط ١ ، ١٣١٤هـ ص ١٩٦ .

(١٦) حاشية ابن عابدين — لمحمد أمين بن عابدين — القاهره — المطبعة الميمنيه — ١٣٠٧هـ (ح ٥) ص ٥٣ .

عليه ببيعه لمن يعمر ولا فرق بين ان يكون العقار ملكا او وقفا[١٧] . فلو اقدم صاحب العلو على بناء السفل دون أذن مالك السفل عد في نظر الاحناف متبرعا وبكون ما يجدده من السفل ملكا لصاحب السفل ، الا اذا وجد عذر مقبول منعه من الاستئذان . ويبقى السفل عندئذ في يد صاحب العلو ضمانا لحقه حتى يؤدى مالك السفل له ما انفقه ، على خلاف في تحديد ما ينبغي دفعه من نفقات بين الاحناف[١٨] . فقال الامام أبو حنيفة (رض) ، اذا سقط البنيان دون هدم فلا يجبر صاحب السفل على بناء السفل ، لان الانسان لا يجبر على عمارة ملكه واقامته[١٩] .

ومع ذلك ، فانه بسبب تعلق حق الغير بالملك بصورة دائمة كما في حق كل من صاحب العلو والسفل على الاخر ، يكون تصرف كل منهما مقيدا بما لا يضر بصاحبه ، اذ لا يحق لصاحب العلو ان يرتفع بالبناء بما يوهن السفل ، ولا يحق لصاحب السفل فتح ما شاء من الابواب والنوافذ بما يضر صاحب العلو . وقد قسم فقهاء الاحناف هذه التصرفات الى فئات ثلاث اولاها ، التصرفات التي تضر احدهما ضررا محققا كأن يهدم صاحب السفل بناءه او يبني صاحب العلو ما يوهن السفل، وقد اتفق أبو حنيفة وصاحباه على ضمان المالك ما يفعله[٢٠] . ثانيتها ، التصرفات التي لا يتحقق فيها ضرر بأحدهما ، كمد المالك اسلاك الكهرباء في بناء أو دق مسمار في جدار . وهنا لايرى الامام ابو حنيفه وصاحباه لزوم الضمان او المنع من التصرف — وثالثتها التصرفات التي يشك في نتائجها فلا يعرف على وجه اليقين أيحدث منها ضرر ام لا ؟ .

(١٧) علي الخفيف — الملكية في الشريعة الاسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية — ح ١ — القاهرة — ١٩٦٩ — ص ١٣٢—١٣٣ .
عبدالرحمن الجزيري — الفقه على المذاهب الاربعة — ح ٣ قسم المعاملات — ط ١ ، القاهرة — مطبعة الارشاد — ١٩٣٥ هامش ص٩٢.
(١٨) علي الخفيف — المرجع السابق — ص ١٣٢—١٣٣ .
(١٩) عبدالرحمن الجزيري — الفقه على المذاهب الاربعة — هامش ص ٨٧
على الخفيف — المرجع السابق — ص ١٣٣ — ١٣٤ .
(٢٠) أحمد ابراهيم بك — كتاب المعاملات الشرعية المالية — المرجع السابق ص ٣١/ على الخفيف — المرجع السابق — ص ١٣٦ .

كأن يقوم صاحب العلو بوضع اثقال في علوه او يقوم صاحب السفل بفتح النوافذ والابواب . وقد اجاز الصاحبان هذه التصرفات خلافا لأبي حنيفة الذى اعتبرها تصرفات في محل يتعلق به حق الغير ، وهي تصرفات لا تجوز الا اذا اذن احدهما للاخر القيام بها ، فانها تصح عندئذ بسبب الاذن(٢١) .

ان فقهاء الاحناف توسعوا في حق الشريك في التصرف في مال الشركاء في شركة المفاوضة(٢٢) . فأجازوا لكل شريك ان يبيع ويشتري بثمن مقبوض او مؤجل ، وان يبرم عقود السلم بأن يشترى سلعة بثمن حال على ان يقبضها بعد مدة معينة او يبيع سلعة يسلمها بعد فترة لقاء ثمن عاجل ، وان يرهن مال الشركة مقابل دين على الشركة ، وان يسافر بالمال دون أذن شريكه وتكون نفقه من المال او من ربحه ، وان يدفع مال الشركة للمضاربة كأن يعطي شخصا مائة ليعمل فيها بجزء من الربح وما بقي من الربح يكون بين الشركاء ، خلافا لما ذهب اليه المالكية والحنابلة الذين قيدوا سلطات الشريك وحقوقه في هذا المجال(٢٣) .

اما بالنسبة للمذهب الشيعي الجعفري ، فالمشهور عن كثير من فقهائه عدم تقييد تصرفات المالك فيما يملك لمجرد دفع ضرر يلحق بجاره ، وانما يمنع المالك من التصرف اذا كان قد قصد بتصرفه الاضرار بجاره . فجاء في مفتاح

(٢١) على الخفيف ـ المرجع السابق ـ ص ١٣٦ .
احمد ابراهيم ـ المرجع السابق ـ ص ٣١ .

(٢٢) المقصود شركة المفاوضة في المال وهى عبارة (ان يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل بشرط ان يكونا مساويين في مالهما وتصرفهما وملتهما ويكون كل واحد منهما كفيلا عن الاخر فيما يجب عليه من شراء وبيع كما انه وكيل عنه فيما له .... وان يكونا بالغين حرين عاقلين ..)
عبدالرحمن الجزيرى ـ المرجع السابق ـ هامش ص ٨٩ـ٩٠ .
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ـ لعلاءالدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ـ القاهره ـ المطبعة الجمالية ـ ط ١ ج ٦ ، ١٩١٠ ص٥٨ .

(٢٣) عبدالرحمن الجزيرى ـ الفقه على المذاهب الاربعة ـ المرجع السابق ـ هامش ص ١١٥ وما يليها .

الكرامة للعاملي « ولاحريم في الاملاك لتعارضها ولكل واحد أن يتصرف في ملكه كيف شاء ولو تضرر صاحبه فلا ضمان فلو جعل ملكه بيت حداد او قصار او حمام على خلاف العادة فلا منع »[٢٤] . وهذا الميل الظاهر نحو اطلاق التصرف في الملك ذكره صاحب مفتاح الكرامة وأكد وروده في كثير من كتب المذهب الجعفرى المعتمدة[٢٥] . لان الناس مسلطون على اموالهم ، ولان حديث الرسول (ص) (لا ضرر ولا ضرار) ينبغي ان يؤخذ على عمومه ولا وجه لتخصيصه بما اذا كان الضرر فاحشا .

في هدى ما تقدم ، يمكن القول ان الاصل عند اغلب فقهاء المذهب الجعفرى ، اطلاق حق المالك في التصرف في ملكه ، وان كانت جسامة الضرر معتبرة في هذا المذهب ، وان بعض فقهائه ذهبوا الى تقييد حق المالك في التصرف بما يملك . وهو اتجاه يقترب من اتجاه بعض ائمة الاحناف والسافعية واهل الظاهر ، خلافا لما ذهب اليه كثير من ائمه المسلمين الذين رأوا تقييد جميع الحقوق ومنها حق الملكية ، كالامامين مالك[٢٦] واحمد[٢٧] وبعض الاماميه[٢٨] والمتأخرين من الاحناف[٢٩] .

---

(٢٤) مفاح الكرامه في سرح قواعد العلامه ــ لمحمد الجواد بن محمد الحسينى العاملى ــ حـ ٧ الفاهرة ــ مطبعة السورى ــ ١٣٢٧هـ ص ٢٢ .

(٢٥) مفاح الكرامه ــ للعاملى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٢ .

(٢٦) المدونة الكبرى ــ للامام مالك بن انس الاصبحى ــ الفاهره ــ مطبعة السعادة ــ حـ ١٥ (ــ ١٣٢٣ هـ ص ١٩٦ ــ ١٩٧ .

(٢٧) الروض المربع في شرح زاد المستفنع ــ لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتى ــ القاهرة مطبعة السنة المحمدية ــ ١٩٥٥ حـ ٢ ص ٢١٠ــ ٢١٢ .

(٢٨) محمد جواد مغنية ــ فقه الامام جعفر الصادق ــ بيروت ــ مطبعة دار العلم للملايين حـ ٤ ط ١ ، ١٩٦٦ ص ٩٧ .

(٢٩) علي الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٤ــ١٢٥ .
سعيد الزهاوي ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨٠ .

المبحث الثاني

الاتجاه الجماعي

الملكية منحة الهبة للانسان يستخلف فيها في الارض

ذهب كثير من الفقهاء الى القول ان كل شيء في الوجود ملك لله تعالى ، فالعبد وما ملكت يداه ملك له ، ويكون الانسان حائزا للاموال فحسب ، وقد استخلفه عليها للانتفاع بها ابتغاء اشباع حاجاته الذاتية ، على ان لا تتأثر بذلك مصلحة الجماعة(٣٠) . فالملكية لا تعدو ان تكون منحة الهية ولبست حقا للانسان(٣١) . وهي امانة واستخلاف يمارسها المالك باعتباره مستخلفا او

---

(٣٠) محمد عبدالله العربي ــ الملكة الخاصه وحدودها في الاسلام ــ بحث منشور في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلاميه ــ الازهر ــ ١٩٦٤ ــ ص ١٣٧ وما بعدها .
على الخفيف ــ الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام ــ البحث السابق ــ ص ١٠٩ وما بعدها / محمود سلتوت ــ الاسلام عقيده وشريعة ــ القاهره ــ بدون سنة نشر ص ٦٨ / عبدالحليم الجندى ــ توحيد الامة العربية بتطوير شرائعها وفقا للميثاق ــ بحث منشور في مجلة اداره قضايا الحكومة ــ السنة السابعه ــ العدد الثالث ١٩٦٣ ص٨٨.

(٣١) محمد ابو زهره ــ التكافل الاجتماعى في الاسلام ــ الدار القوميــة للطباعة والنشر ــ بدون سنة نشر ١٩٦٤ ص ٩ .
السعيد مصطفى السعيد ــ في مَدى استعمال حقوق الزوجيه ــ رسالة مقدمة لجامعة القاهره لنيل درجة الدكتوراه في الشريعه الاسلاميه ــ ١٩٣٦ ص ٢٤ وما بعدها .
على الخفيف ــ الملكية في الشريعه الاسلاميه ــ حـ ١ ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠ وما بعدها / ص ١١٥ / محمد عبدالله العربى ــ البحث السابق ــ ص ١٣٧ / نزيه محمد الصادق ــ الملكية في النظام الاشتراكى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٤ وما بعدها .

او خازنا او نائبا على مال الله وفق ما امر به الشرع • وفي اسناد التشريع الاسلامي الملكية لله تعالى والاستخلاف عليها للعبد ما يؤكد الوظيفة الاجتماعية للاموال • فقد خلق الله تعالى الاموال لمنفعة الناس جميعا واستخلفهم عليها ، واستخلاف الانسان على مال الله تعالى يؤكد ان الاسلام اعتبر الانسان اكرم من في هذا الوجود ، وقد اختاره البارى خليفة له في الارض ، وسخر له كل ما فيها وعليها ليتصرف على النحو الذي لا يهدر فيه مصالح الجماعة ، لان رعاية مصالح الجماعة في مقدمة مقاصد الشارع من شرعه(٣٢) •

ولما كان الله تعالى خالق الاشياء والكائنات ويدخل كل شيء في ملكه ويخضع الجميع لسلطانه وقدرته(٣٣) ، فان الملكية الاصلية للاموال تنسب اليه ، اما ملكية العباد لها فملكية تستند الى الحيازة والايداع • لان العبد خليفة الله في ارضه يقوم بدور المستخلف او النائب ، وليس له ان يخرج عن هذا النطاق المحدد ، والا كان آثما لعصيانه امر الخالق • ولهذا يمكن تسمية ملكيه العباد بالملكية الواقعية او الفعلية • ولا تناقض بين اجتماع الملكية الاصلية والملكيه الفعلية ما دامت الاولى سببا اصليا لوجود جميع حقوق العبد(٣٤) •

---

(٣٢) عبدالباقى البكرى — المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلاميه — حـ ١ ص ٧٧٤ / عبدالمقصود سلوت — نظريه التعسف في استعمال الحق — بحث منشور في اسبوع الفقه الاسلامي ومهرجان الامام ابن تيمية — القاهرة — ١٩٦٣ ص ١٥٠ وما بعدها .

(٣٣) ابن كثر — تفسير القرآن العظيم — للامام ابى الفداء اسماعيل بن كثر القرسى الدمشقى حـ ٢ ط ١ بيروت — دار الاندلس ١٩٦٦ ص ٦٩٠ — ٦٩١ .

(٣٤) عبدالباقي البكري — المرجع السابق — ص ٧٩٣ .
صادق مهدي السعيد — العمل والضمان الاجتماعى في الاسلام — بغداد ط ٢ ، ١٩٧١ ص ٥٠ — ٥١ .
محمد باقر الصدر — اقتصادنا — المرجع السابق — ص ٤٩٨ وما بعدها / احمد سلبى — المجتمع الاسلامى — ط ٢ القاهره — مكتبة النهضة المصرية — ١٩٦٣ ص ٦٦ وما بعدها .

لقد اضاف بعض الكتاب الى ما تقدم ، القول « ولا يظن احد ان ما في يده من مال الله هو رزق خصه الله به فيمنعه عن غيره ، ويبخل بـه عـلى من يستحقه ، فان الله يرزق الناس ويؤتيهم ملكه ليقوموا عليـه في حدود امره ونهيه ، واذا فضل الله بعض الناس على بعض في الرزق فلا يحسب صاحب الرزق الكثير اذا انفق او اعطي غيره انه ينفق او يعطي من رزقـه . وليعلم انه ينفق من مال الله ، وانه لا يعطي شيئا من عنده ، وانما هو وسيط اعطى غيره من مال الله كما أخذ لنفسه من مال الله .. »[٣٥] .وعلى ذلك فالمال لله وللبشر حق الانتفاع في حدود حاجتهم الى هذا المال وبشكل معتدل[٣٦] .

اما النتائج المترتبة على كون المال لله والبشر مستخلفون فيه في الارض فيمكن اجمال أهمها فيما يلي :ـ اولا عدم اعتبار تملك المال تملكا نهائيـا ، وانما يكون على سبيل المنفعة ، لان حقوق الله ثابتة له سبحانه وتعالى ، وليس لاحد من البشر التصرف فيها او التنازل عنها مهما كانت صفته . ثانيا ، حق الجماعه بواسطة ممثليها في تنظيم طريقة الانتفاع بالمال ، لان منفعته تعـود

علي الخفيف ـ الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام ـ البحث السابق ـ ص ١١٤ .
سيد قطب ـ في ظلال القرآن ـ المجلد الاول حـ ٣ ط ٥ بيروت دار احياء التراث العربي ـ ١٩٦٧ ص ٢٤ .
صلاح‌الدين الناهي ـ محاضرات في القانون المدنى العراقى ـ حـق الملكية في ذاته ـ معهد الدراسات العربية العالية ـ مطبعة الرسالة ـ ١٩٦١ ص ١٧٨ / محمود المظفر ـ احياء الاراضى الموات ـ القاهرة ـ المطبعة العالمية ـ ١٩٧٢ ص ٤١ هامش (١) / محمد عبدالله العربي ـ محاضرات في الاقتصاد الاسلامى وسياسة الحكم في الاسـلام حـ ١ القاهرة ـ مطبعة الشرق العربى ـ ١٩٦٧ص ١٣٤ ـ ١٣٨ .

(٣٥) عبدالقادر عودة ـ المال والحكم في الاسلام ـ القاهرة ـ مطبعـة دار الكاتب العربى ١٩٥١ ص ٣٠ .

(٣٦) عبدالقادر عودة ـ المرجع السابق ـ ص ٣٢ .

اليها • ثالثا ، حق الجماعة بواسطة ممثليها في تحديد مدى انتفاع الفرد بالمال او في رفع يد المنتفع عن المال اذا اقتضت ذلك مصلحة عامة بشرط ان يعوض عن ذلك تعويضا عادلا(٣٧) •

ان من ذهب من رجال الشريعة الى القول ان البشر مستخلفون في الارض وان المال لله وللبشر حق الانتفاع فحسب ، يسخرون ثرواتها وكائناتها ويظهرون عجائب صفة البارى وبدائع حكمته وينفذون احكام شريعته ، دعم رأيه بحجج واسانيد يمكن اجمال اهمها في المطالب الآتية(٣٨) :ـ

المطلب الاول

الاسـانيد من القرآن الكريم

اعتمد انصار هذا الرأى على كثير من الآيات الكريمة التي يمكن توزيعها من حيث غرضها على طائفتين :ـ

أولا ـ آيات تشير الى ان الله تعالى خالق كل شيء ومالكه وان على الناس طاعته والايمان بوحدانيته • منها ، قوله تعالى في سورة البقرة : (هو الذى جعل لكم ما في الارض جميعا)(٣٩) • ومفادها ان الارض وجميع ما فيها من ثروات ووهاد وزرع وضرع انما جعلت للناس لغرض الانتفاع بها • فهو لم يخلق هذه الثروات ويملكها لحاجته اليها ، لانه سبحانه وتعالى الغني المقتدر ، وانما خلقها وجعلها لمصالح العباد(٤٠) • ومنها قوله سبحانه وتعالى في سورة

(٣٧) عبدالقادر عودة ـ المرجع السابق ـ ص ٣٢ •

(٣٨) عبدالقادر عوده ـ المرجع السابق ـ ص ٣٣ـ٣٤ •

(٣٩) آيه رقم ٢٩ •

(٤٠) تفسير الطبرى ـ لابى جعفر محمـد بن جرير الطبـري ـ ج ١ دار المعارف بمصر بدون سنة نشر ص ٤٢٦ •
مجمع البيان في تفسير القرآن ـ لابى على الفضل بن الحسن الطبرسى ـ ج ١ بيروت دار الفكر ودار الكتاب ١٩٥٧ ص ١٥٦ / التبيان في تفسير القرآن ـ لابى جعفر محمد بن الحسن الطوسى ـ المجلد الاول ـ النجف ـ المطبعة العلمية ١٩٥٧ ص ١٢٤ •

المائدة (لله ملك السموات والارض وما بينهما)[٤١] • و (لله ملك السموات والارض وما فيهن وهو على كل شيء قدير)[٤٢] • وقوله عز وجل في سورة الانعام (ذلكم الله ربكم لا اله الا هو خالق كل شيء)[٤٣] • و (لا اله الا هو خالق كل شيء فاعبدوه)[٤٤] •

ان هذه الآيات الكريمة تشير الى ان الله تعالى خالق كل شيء ومالكه وعلى الناس عبادته والايمان بوحدانيته ، فلا ملك الا لله تعالى ، ولا يملك العبد شيئا على الارض بصورة اصلية اذ لا فضل له في خلقه ، وانما هو يحوزه على سبيل الانتفاع فحسب[٤٥] •

ثانيا ــ آيات تشير الى استخلاف الانسان على ملك الله تعالى ، وتفصح عن ان الله تعالى وهو مالك الاموال قد استخلف الناس عليها في الارض لينتفعوا بها من طريق الاستعمال والتصرف سدا لحاجاتهم وتنمية لما استخلفوا عليه ، على ان لا يقدموا على اى تصرف يمس مصالح الجماعة • يؤكد قوله تعالى في سورة المائدة[٤٦] : (هو الذى جعلكم خلائف في الارض فمن كفر فعليه كفره ولا يزيد الكافرين كفرهم عند ربهم الا مقتا ولا يزيد الكافرين كفرهم الا خسارا) • ومنها قوله سبحانه وتعالى في سورة الحديد : (وآمنوا بالله ورسوله وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه)[٤٧] •

لقد أحتج اصحاب هذا الرأي بهذه الآيات وبآيات كثيرة وغيرها للتدليل

(٤١) الآية رقم ١٧ / وانظر تفسيرها في مجمع البيان في تفسير القرآن ــ للطبرسى ــ حـ ٦ بيروت دار الفكر ودار الكتاب ــ ١٩٥٧ ص ٥٩ •
(٤٢) سورة المائدة ــ آية رقم ١٢٠ •
(٤٣) آية رقم ١٠٢ •
(٤٤) سورة الانعام ــ آية رقم ١٠٢ •
(٤٥) تفسير القرآن العظيم ــ لعمادالدين ابي الفداء اسماعيل بن كثير القرشى الدمشقي حـ ٣ ط ١ بيروت ــ دار الاندلس ١٩٦٦ ص ٧٣ •
(٤٦) الآية رقم ٣٩/ وانظر تفسيرها في الكشاف ــ لجار الله محمود بن عمر الزمخشري ــ حـ ٣ بيروت دار الكتاب العربى ــ بدون سنة نشر ص ٦١٦ ــ ٦١٧ •
(٤٧) الآية رقم (٧) •

على ان ما في ايدى الناس من اموال انما هي ملك لله تعالى لانه خالقها ، وقد استخلفهم سبحانه فيها كي يتمتعوا وينتفعوا بها من طريق الاستعمال والاستغلال والتصرف . فهي ليست ملكا خالصا لهم ، ولذلك لا يجوز لهم اساءة التصرف فيها ، لانهم يحلون منزلة المستخلفين او النواب فحسب ، وينبغي عليهم عدم الخروج عن الحدود التي رسمها الشرع لهم في التصرف ، ووجوب التقيد بوجوه الخير والمنفعة العامة التي قصد الشارع تحقيقها ، فيما يصدر عنهم من تصرفات[٤٨] . فاستخلاف البشر في الارض قد رتب لهم حقوقا والزمهم بواجبات . ذلك لأن العبد لا يعدو ان يكون نائبا عن ربه جل شأنه فيما سخره الله للبشر وما سلطهم عليه ، ومن ثم ، يجب عليه التقيد في جميع تصرفاته بحدود هذه النيابة[٤٩] .

الا ان انصار هذا الفريق ميزوا بين نوعين من انواع الاستخلاف ، بقولهم : ان استخلاف البشر في الارض نوعان : استخلاف عام ، واستخلاف خاص . اما الاول ، فهو استخلاف جميع البشر في الارض باعتبارهم مستعمرين فيها ومسلطين عليها . وقد بدأ هذا الاستخلاف بأدم (ع) ومن ثم ذريته . فسخر الله جل شأنه الارض لخدمتهم وسلطهم عليها بأذنه[٥٠] . ودليل ذلك قوله تعالى (هو انشأكم من الارض واستعمركم فيها)[٥١] ، و (واذ قال

---

(٤٨) الكشاف ــ لجارالله محمود بن عمر الزمخشري ــ حـ ٤ بيروت ــ دار الكتاب العربى بدون سنة نشر ص ٤٧٣ .
تفسير التبيان للطوسى ــ مجلد ٩ ــ تحقيق وتصحيح أحمد قصير العاملي ــ النجف ــ مطبعة النعمان ١٩٦٣ ص ٥٢١ ــ ٥٢٢ .
تفسير القرآن العظيم ــ لعماد الدين ابي الفداء اسماعيل بن كثير القرسي الدمشقي حـ ٦ ط ١ بيروت دار الاندلس ١٩٦٦ ص ٥٤٩ .
الجامع لاحكام القرآن ــ لابى عبدالله محمد بن احمد الانصاري القرطبى ــ حـ ١٧ القاهرة ــ دار الكتاب العربى ــ ١٩٦٧ ص ٢٣٨ .

(٤٩) عبدالقادر عودة ــ المال والحكم في الاسلام ــ المرجع السابق ــ ص ١٩ ــ ٢١ .

(٥٠) عبدالقادر عودة ــ المرجع السابق ــ ص ١٤ .

(٥١) سوره هود ــ آية رقم ٦٢ .

ربك للملائكة اني جاعل في الارض خليفة)[٥٢] . واما الثاني ، فهو الاستخلاف في الحكم ، وهو نوعان : استخلاف الدولة واستخلاف الافراد . اما الاول ، فيعني تحرير الامة واستقلالها بحكم نفسها وجعلها دولة لها من السلطان ما يحمي مصالح الجماعة ويعلي كلمتها ، كما يعني انساع سلطان الدولة حتى يشمل امما وشعوبا اخرى[٥٣] . بدليل قوله تعالى في سورة القصص (ونريد ان نمن على الذين استضعفوا في الارض ونجعلهم أئمة ، ونجعلهم الوارثين)[٥٤] ، وقوله سبحانه (وجعلنا منهم أئمة يهدون بأمرنا لما صبروا وكانوا بآياتنا يوقنون)[٥٥] . واما المقصود باستخلاف الافراد فهو الاستخلاف في الرئاسة. وقد يسمى المستخلف خليفة كما سمي داود (ع) بقوله تعالى (يا داود انا جعلناك خليفة في الارض ...)[٥٦] ، وقد يسمى اماما كما سمي ابراهيم (ع) في سورة البقرة (واذ ابتلى ابراهيم ربه بكلمات فأتمهن ، قال اني جاعلك للناس اماما ...)[٥٧] . وقد يسمى ملكا كما جاء في الآية الكريمة (وقال لهم نبيهم ان الله قد بعث لكم طالوت ملكا)[٥٨] . وقد جاء كل ذلك تأكيدا لمفهوم الاستخلاف في الارض[٥٩] .

---

(٥٢) سورة البقرة ــ آية رقم ٣٠ .

(٥٣) عبدالقادر عودة ــ المرجع السابق ــ ص ١٤ .

(٥٤) آيــة رقم ٥ .

(٥٥) سورة السجدة ــ آية رقــم ٢٤ .

(٥٦) سورة ص آية رقم ٢٦ .

(٥٧) سورة الانبياء ــ آية رقم ٧٣ .

(٥٨) سورة البقرة ــ آية رقم ٢٤٧ .

(٥٩) عبدالقادر عودة ــ المرجع السابق ــ ص ١٤ ــ ١٥ .

المطلب الثانـــي

الادلة من السـنة النبوية الشريفة

اسنند هذا الفريق لدعم رأبه الى السنة السريمة ايضا • فاعتمد ما أثر عن الرسول (ص) من نهي عن الاحتـكار لما فيه من ضرر بمصلحة المجتمع • وهو ما افصحت عنه الاحاديث السريفة التالية : (من احتكر حكرة يريد ان يغلي بها على المسلمين فهو خاطىء) و (الجالب مرزوق والمحتكر ملعون) و (الجالب فيسوفنا كالمجاهد فيسبيل الله ، والمحنكر فيسوفنا كالملحد في كتاب الله)[٦٠] •

ان علة تحربم الاحتـكار ، هي منع استغلال المحتـكر للمستهلـكين بالمغالاة في النمن الذى يضر بمصلحة الجماعة[٦١] والذى ينطوى على اساءة لممارسة الاستخلاف في الاموال • فالاضرار بهذه المصلحه ضرر جسيم يدفع بتحمل الضرر الافل وهو الربح الذى يحرم منه المحتـكر • لان درء المفسدة اولى من جلب المنمعة ، ولان يــد المحتكر وهو نائب على المــال تتقيد بواجب عــدم اساءة النصرف فيه وتحاشي الاضرار بمصــالح العبــاد • ويتحقق التعسف بأختلاف التوازن بين المصالح المتعارضة وبالانحراف عن قصد النارع الذى ينهى عن الاحتـكار • ويترتب عليه اخراج المال من يد محتكره لعموم المصلحة والحاجة ولنبوت سوء قصد المحتكرة[٦٢] •

وقد أحتج هذا الفريق ايضا للتدليل على ان الحقوق منح الهية وليست حقوقا خالصة للعبد ، على الحديث النريف الذى اعتبر الاموال على نوعين •

---

(٦٠) محمد نوقى الفنجري ــ الاسلام ومشكلة الفقر ــ بحث منتسور في مجلة العربى العدد ١٦٩ كانون اول ١٩٧٢ ص ٣٨ .
لبيب سقير ــ تاريخ الفكر الاقتصادي ــ دار نهضه مصر للطبع والنتر ــ بدون سنة نتر ــ ص ٨٧ .
سيد قطب ــ العدالة الاجتماعية في الاسلام ــ ط ٤ الفاهره ــ مطبعة عيسى البابى الحلبى ــ ١٩٥٤ ص ١٢١ .

(٦١) لبيب سقير ــ المرجع السابق ــ ص ٨٧ .

(٦٢) سعيد الزهاوي ــ المرجع السابق ــ ص ٨٨٤ .

منها ، ما يجوز للافراد نملكه ومنها ما لا يجوز ان يكون محلا للتملك الخاص لتعلق حق الامة به ، وهي الاموال المستركة او الجماعية• فقال رسول الله (ص): (الناس سركاء في نلاث : الماء والكلأ والنار)[٦٣] • ثم اضاف البعض ، بأن رسول الله (ص) قال ان الارض ارض الله ، والعباد عباد الله ، ومن احيا ارضا موانا فهو احق بها من غيره باستعمالها والانتفاع منها[٦٤] • وسأوضح ذلك في بحث لاحق من هذه الرسالة •

المطلب الثالث

الادلة من آثار الصحابة

ان مفهوم الاستخلاف يجد له سندا كذلك في آثار الخلفاء الراشدين • فقد أثر عن امير المؤمنين عمر بن الخطاب (رض) في معرض رده على اعرابي ، قوله : (المال مال الله ، والعباد عباد الله ، والله لولا ما احمل عليه في سبيل الله ما حمبت من الارض شبرا شبرا)[٦٥] •

وادا كان المال مال الله والعباد له ، فليس للعبد ان يخزن هذه الاموال بعد ان يسبع حاجته فيعطل وظيفتها في خدمة مصالح الجماعة • وانما تكون حصه المرء بقدر ما يتناسب وحاجاته ومدى ما يقدمه من خدمات لمجتمعه •

---

(٦٣) الاموال — لابى عبيدالقاسم بن سلام — القاهره — مطبعه حجاري ١٣٥٣هـ ص ٢٩٤ — ٢٩٥ •

محمود محمود رافع — الميثاق والعدالة الاجتماعية في سريعه الاسلام — بحث منشور في مجلة اداره قضايا الحكومة السنة ٧ العدد ٤ ، ١٩٦٣ ص ٢٩ •

سيد قطب — العداله الاجتماعية فيالاسلام — المرجعالسابق — ص١١٢•

(٦٤) ابو الاعلى المودودي — مسألة ملكية الارض في الاسلام — ترجمة محمد عاصم الحداد — دمشق — المطبعة التعاونية — ١٩٥٧ ص ٣٤ •

(٦٥) الاموال — لابى عبيد — المرجع السابق — ص ٢٩٩ •

وفي ذلك يقول عمر (رض) : (ما من رجل الا وله في هذا المال حق ، الرجل وحاجته ••• والرجل وبلاؤه) ، وقوله ايضا (اني حريص على ان لا ادع حاجة الا سددتها ما اتسع بعض لبعض ، فاذا عجزنا تأسينا في عيشنا حتى نستوى في الكفاف)[٦٦] •

ان النظرة الاسلامية التي كانت سائدة في حياة الرسول (ص) وصاحبيه وفي خلافه علي بن ابي طالب كرم الله وجهه هي ان : (المال مال الجماعة ، ولا حق للحاكم بنفسه او بقرابته ان يأخذ منه شيئا الا بحقه ، ولا ان يعطي احدا منه الا بقدر مستحق ، شأنه شأن الاخرين •••)[٦٧] •

وجدير بالذكر ، ان من فقهاء المسلمين في الوقت الحاضر وهم بعض علماء الشيعة الجعفرية ، من يرى ان الارض هبة من الله تعالى ، وان الانسانية عندما تلقت الهبة منه تعالى دخلت في ملك الامام ، ولا يجوز اعتبارها ملكا او حقا لاى فرد يختص بها وحده • وان الانسان اذا بادر الى احياء ارض فانه لايملكها وانما يعد اولى بالانتفاع بها من غيره[٦٨] • وان على الموهوب ان يحسن استعمال الهبة مرضاة للواهب • ولذلك فان من يبدد ما يملك ومن لا يكون معتدلا في استغلاله يكون عرضة للعقاب[٦٩] ، لان الخلق مسؤولون امام خالقهم عن كل ما استخلفوا فيه ، وعليهم استعمال الحقوق على النحو الذى تقتضيه مقاصد الشارع[٧٠] •

ويرى البعض من رجال الفقه الاسلامي المعاصرين ، ان الجماعة هي المستخلفة فعلا في مال الله ، وان الفرد نائب عن الجماعة في ملكيته ، وعليه ان

---

(٦٦) محمد سوقي الفنجري ـ الاسلام ومشكلة الفقر ـ البحث السابق ـ ص ٤٠ •

(٦٧) سيد قطب ـ العدالةالاجتماعية فيالاسلام ـ المرجعالسابق ـ ص٢٠٤ •

(٦٨) محمد باقر الصدر ـ اقتصادنا ـ المرجع السابق ـ ص ٤٣٥ـ٤٣٦ •

(٦٩) فؤاد عبدالهادي نويره ـ الاسلام والخدمة الاجتماعية ـ رساله مقدمة لجامعة (اوهايو) لنيل درجة الدكوراه فيالشريعة الاسلامية ـ القاهرة ١٩٥٠ ص ٥٥ـ٥٦ •

(٧٠) عبدالمقصود شلتوت ـ البحث السابق ـ ص ١٤٩ •

يحسن التصرف والانتفاع بالمال ، والا حق لولي الامر او الجماعة استرداد حق التصرف منه عقابا له(٧١) .

يتضح مما تقدم ، ان الخلافة الانسانية على الاموال في الارض تكون عند انصار هذا الرأى من الفقهاء على نوعين اساسين . هما ، الخلافة العامة وهي استخلاف الجماعة على الاموال العامة ، والخلافة الخاصة وتعني استخلاف الفرد على ما تكون محلا للملكية الخاصة من الاموال . وقد رأى بعض هؤلاء الفقهاء ان خلافة الانسان في المال خلافة خاصة ، ورأى بعضهم انها خلافة جماعية وان الفرد نائب عن الجماعة فيما استخلفت فيه .

المبحث الثالث

الاتجاه الوسط

الملكية حق له وظيفة تمارس تحقيقا لمقاصد الشارع من شرعه

رأى بعض الفقهاء ان الملكية نزعة فطرية ، لان الانسان مجبول بطبيعته على حب الذات والاحتياز والاستئثار ، ولذلك ينبغي اعتبار الملكية حقا لصاحبها ، الا ان لها في الوقت نفسه وظيفة اجتماعية تبدو في صورة تكاليف واعباء تعرض على المالك ضمانا لمصلحة الجماعة ، ويجب على المالك القيام بها تحقيقا لمقاصد الشارع من شرعه (٧٢) .

(٧١) عبدالسميع المصري ــ نظرية الاسلام الاقتصادية ــ مكتبة الانجلو المصرية ١٩٧١ ص ٤٢ .

(٧٢) انظر ــ محمدعلي حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣٠ ، ٤٦٣ .
على الخفيف ــ الملكية في الشريعة الاسلامية ــ ح ١ ــ المرجع السابق ــ ص ٤٥ / فتحي الدريني ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٢ ، ٢١٦ ، ٢١٨ / نديم الجسر ــ فلسفة الحرية في الاسلام ــ بحث منشور في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية ــ الازهر ١٩٦٤ ص ٣٢٢ .
عبدالسميع المصري ــ المرجع السابق ــ ص ٣٩ .
لبيب شقير ــ تاريخ الفكر الاقتصادي ــ المرجع السابق ــ ص ٨٣ .

ان مقاصد الشارع من شرعه ، كما ثبت من تتبع الاحكام السرعية ومن استقراء عللها ، هي تحقيق مصالح الناس بجلب النفع لهم ودرء الضرر عنهم • وان كفالة مصالح الناس لا نعدو تحقيق الامور الضرورية لهم والامور الحاجية والامور التحسينية اى الكماليات • وقد شرع الله نعالى لكل من هذه الامور احكاما تحققها وتكفل بقاءها وتكملها • ويقع حفظ الامور الضرورية في فمة هذه المقاصد ، ويقصد بها كل ما يقوم عليه نظام الحياة وتستقيم به مصالح الدين والدنيا معا • والامور الضرورية لا تخرج عن امور خمسة هي من حيت تسلسل اهميتها : حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ النسل وحفظ العفل وحفظ المال ، وفرع الاحناف حفظ النسل الى كل من حفظ العرض وحفظ النسب[٧٣] •

وعليه ، فان حفظ المال يدخل في حفظ الامور الضرورية ، وللملكية منزلة هامة في دائرة الضرورية • فغريزة التملك غريزة طبيعية كسائر الغرائز الاخرى مثل طلب القوت والجنس والاجتماع ، وتعتبر من ضرورات الحياة • والقول بانكارها اصلا او بتعريفها انها مجرد وظيفة يناقض في رأى اصحاب هذا الاتجاه من الفقهاء غريزة الانسان ويعطلها ، فضلا عن ان ذلك لا يستند الى اساس طبيعي اصيل[٧٤] ، لان الانسان بطبيعته حيوان مكنسب[٧٥] •

ولما كانت الملكية حاجة فطرية ولها وظيفة اجتماعية ، فان اول اسباب التملك كان الاستيلاء • فقد مارس الانسان حقه في التملك منذ الخليقة بقطف ثمار الارض والصيد وادواته الخاصة من قطع السلاح والاواني والحلى

---

(٧٣) الاستاذ عبدالباقي البكري ــ المدخل لدراسة القانون والتريعة الاسلامية ــ حـ ١ ص ٧٥٦ وما بليها / عبدالكريم زيدان ــ الوجيز في اصول الفقه ــ ط ٤ بغداد ــ مطبعة العاني ١٩٧٠ ص ٣٢٣ــ٣٢٤/ المستصفى من علم الاصول ــ لابى حامد محمد الغزالي ــ حـ ١ بغداد ــ مكتبة المثنى ــ بدون سنة نشر (طبعه الاوفسيت) ص ٢٨٦ــ٢٨٧ •

(٧٤) نديم الجسر ــ البحث السابق ــ ص ٣٢٢ •

(٧٥) محمدعلى حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٤٣١ •

والجلود[٧٦] • لان الاموال كانت في الاصل مباحة للناس لا تختص بأحد الى ان قامت الجماعة وتطورت لتصبح كثير من الاموال ملكا للجماعة او الدولة ومنها الارض • وقد استدلوا على ذلك بقوله تعالى :ـ (ولقد مكناكم في الارض وجعلنا لكم فيها معايش قليلا ما تشكرون)[٧٧] •

ورأى انصار هذا الاتجاه ، ان الملكية خير حافز للنشاط الانساني • ولذلك حث الاسلام على العمل وشجع عليه ، وقررت مبادئه ان قيمة الانسان بعمله ، وان ليس للانسان الا ما سعى • وقد اعتبر العمل في مصاف العبادات والالتزامات الدينية[٧٨] • يؤكد ذلك قوله تعالى (علم ان سيكون منكم مرضي وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وآخرون يقاتلون في سبيل الله)[٧٩] • وقوله سبحانه (هو الذي جعل لكم الارض ذلولا فأمشوا في مناكبها وكلوا من رزقه واليه النشور)[٨٠] ، وقوله عز وجل (ليأكلوا من ثمره وما عملته ايديهم أفلا يشكرون)[٨١] •

وقد اضافوا الى ما تقدم ، ان تعاليم الاسلام اوجبت السعي لطلب الرزق الحلال ، لقوله تعالى (كلوا واشربوا هنيئا بما كنتم تعملون)[٨٢] ، (فاذا قضيتم الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله)[٨٣] ، وقوله تعالى (انا جعلنا ما على الارض زينة لهم لنبلوهم ايهم احسن عملا)[٨٤] • ولما كان العمل من وسائل التملك المشروعة في الاسلام ، فقد أوجب الخالق عمارة

---

(٧٦) نديم الجسر ـ البحث السابق ـ ص ٣٢٢/ بدران ابو العينين بدران ـ الشريعة الاسلامية ـ طبعة ١٩٧٢ ص ٣٠٢-٣٠٣ •
(٧٧) سورة الاعراف ـ آية رقم ١٠ •
(٧٨) صادق مهدي السعيد ـ العمل والضمان الاجتماعى في الاسلام ـ بغداد مطبعة المعارف ١٩٧٠-١٩٧١ ص ٥٥-٥٦ •
لبيب سعير ـ المرجع السابق ـ ص ٨٣ •
(٧٩) سورة المزمل ـ آية رقم ٢٠ •
(٨٠) سورة الملك ـ آية رقم ١٥ •
(٨١) سورة يس ـ آية رقم ٣٥ •
(٨٢) سورة الطور ـ آية رقم ١٩ •
(٨٣) سورة الجمعة ـ آية رقم ١٠ •
(٨٤) سورة الكهف ـ آية رقم ٧ •

الارض واستغلالها تحصيلا للمنفعة العامة ـ فقال تعالى :ـ (ان الارض يرثها عبادي الصالحون)[٨٥] ، (وسخر لكم ما في الارض)[٨٦] • يفهم مما تقدم ، ان المشرع الاسلامي رأى ان قيمة الانسان تتحدد ببلائه وعمله ، وان ليس للانسان الاما قام به من عمل وما سعى اليه •

وقد جاءت الاحاديث النبوية الشريفة تؤكد احكام الكتاب الكريم في هذا الشأن • فحثت على الكسب وطلب الرزق الحلال ومقتت البطالة لما فيها من ضرر • فروى عنه (ص) قوله : (ان اشرف الكسب كسب الرجل من يده)[٨٧] ، وان (اطيب ما اكلتم من كسبكم) ، و (لا يقصد احدكم عن طلب الرزق وهو يقول اللهم ارزقني وقد علم ان السماء لا تمطر ذهبا ولا فضة)[٨٨] ، وقوله (ص) (ما أكل احد طعاما قط خيرا من ان يأكل من يده)[٨٩] •

اما الخلفاء الراشدون فقد نهجوا سنة رسول الله (ص) في التأكيد على وجوب العمل وممارسته بصدق وامانة واخلاص • فقد مارس الخليفة الاول ابو بكر (رض) الاعمال التجارية بعد توليه الخلافه حتى اعترض عليه عمر (رض) قائلا (أتعمل وانت امير المؤمنين) فأجابه الصديق فماذا أأكل ؟ • وقد دفع ذلك صحابة الرسول (ص) الى تقرير ما يكفيه وعياله بالمصروف[٩١] • وكذلك فعل امير المؤمنين علي كرم الله وجهه الذى كان من افقر الصحابة حالا• فقد حرث الارض وزرعها وكسب من عمل يده حتى في فترة خلافته[٩١] •

---

(٨٥) سورة الانبياء ـ آية رقم ١٠٥ .
(٨٦) سورة الحج ـ آية رقم ٦٥ .
(٨٧) محمدعلى حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ٢١٦ .
(٨٨) عبدالله كنون ـ الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام ـ بحث منشور في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية ـ الازهر ـ ١٩٦٤ ص ١٨٥ وما بعدها .
(٨٩) صادق مهدي السعيد ـ المرجع السابق ـ ص ٥٨ .
محمدعلي حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ٢١٦ .
(٩٠) محمدعلي حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ٢١٥ .
(٩١) صادق مهدي السعيد ـ المرجع السابق ـ ص ٥٨ .

ان ذلك كله يقطع في رأى اصحاب هذا الاتجاه بأن الملكية الشخصية تنطوى على استجابة طبيعية لغريزة الانسان الفطرية ، وانها ظلت منذ اقدم العصور التاريخية معترفا بها للافراد يتوارثونها وفقا لنرائعهم السائدة ، وان الاسلام اقر بعض ما كان سائدا في المجتمع القديم من نظم ومنها الملكية الشخصية ، فمنع الاعتداء عليها وفرض الجزاءات اللازمة لحمايتها[٩٢] .

ان بعض الفقهاء من انصار هذا الاتجاه رأى ان الملكية حق شخصي ، وليست مركزا شرعيا يعتبر فيه صاحب الحق مجرد شخص يمارس وظيفة لحساب الجماعة وليس لمصلحته الذاتية . فرأوا ان المالك يتمتع بميزة بمقتضى حقه ويمارس حقه تحقيقا لمصلحته الذاتية على ان يتقيد بالمحافظة على حقوق الغير . وعليه فان للملكية صفة مزدوجة ، هي الصفة الفردية ، والصفةالجماعية التي تعني التقيد باعتبارات البر والجوار والصالح العام[٩٤] . وبسبب ذلك نهى الخالق سبحانه وتعالى عن الاعتداء على اموال الغير وأكل اموال الناس بالباطل لما فيه من ضرر وتجنبا لما يتسبب فيه من ضغائن . ومن ذلك قوله تعالى في سورة البقرة (ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من اموال الناس بالاثم وانتم تعلمون)[٩٥] . وقوله سبحانه في سورة النساء (ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا)[٩٦] .

---

(٩٢) انظر : محمد على السائس — ملكية الافراد ومنافعها في الاسلام — بحث منشور في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية — الازهر — ١٩٦٤ — ص ٢٠٧—٢٠٨ .

(٩٣) فتحي الدريني — المرجع السابق — ص ٢١٢ ، ٢١٦ ، ٢١٨ .

(٩٤) نفس المرجع — ص ٢١٦ — ٢١٧ .
محمد باقر الصدر — اقتصادنا — المرجع السابق — ص ٥٠١ .
سيد قطب — العدالة الاجتماعية في الاسلام — المرجع السابق — ص ١٠٦ — ١٠٧ .

(٩٥) آية رقم ١٨٨ .

(٩٦) آية رقم ١٠ .

ان في أكل اموال اليتيم او غيره بالباطل تجاوزا لحدود الغريزة الفطرية، واعتداءا على غرائز الآخرين في التملـك ، وانحسـارا للجانب الاجتماعي في الملكية • والوئام بين الناس وحسن تنظيم المجتمع يقتضيان الموازنة بـين الغريزتين الاساسيتين ، وهما التملك والاجتماع ، والتوفيق بينهمـا دون التضحية باحداهما • وفي ذلك قال بعض الفقهاء « والقول بانكار حرية التملك لا يضارعه في البطلان الا القول بتقديس الملكية الشخصية الى الحـد الذى يحرم مسها لأى سبب من الاسباب ، ولو كان ذا السبب ينبـع مـن صميم مصلحة المجتمع • فحرية التملك في الاسلام تبقى امرا طبيعيا وبديهيا ونافعـا وضروريا حتى تصطدم بالحق او الخير ، فاذا اصطدمت بحق الغير او بخـير المجتمع ومصلحته توقفت او امكن الحد منها »[٩٧] • ولعل ذلك من الاسباب التي جعلت النظام الاقتصادى الاسلامي يفرض العديد من القيود الشرعيـة والارادية على الملكية تحصيلا للمنفعة الاجتماعية ، وموازنة منه بين المصلحة الشخصية والمصلحة العامة ، وتنظيما للحقوق[٩٨] •

وفي ذلك يذكر احد الكتاب في شأن توسط واعتدال الشريعة الاسلامية في نظرتها الى الحقوق ورفضها كلا من النظرة الفرديـة والمغالاة في الاتجـاه الجماعي التي تفضي الى اعتبار الحقوق مجـرد وظائف اجتماعيـة ، ما يأتي « ولا يطمس الناحية الفردية في الحق وجود حق فيه لله تعالى ، وتقييد استعمال الحقوق باغراضها واهدافها التي قصدها الشارع ، ولكن من جهة اخرى لما كان المقصود بحق الله تعالى ما فيه منفعة عامة ، ولما كانت اغراض الحقوق تدور حول تحقيق المصلحة ، يصح القول ان حقوق الاشخاص في الشريعة الاسلامية هي حقوق فردية لها اغراض او وظائف اجتماعية)[٩٩] •

يفهم مما تقدم ، ان انصار هذا الرأى نظروا الى الملكية الخاصة كوسيلة

---

(٩٧) نديم الجسر — البحث السابق — ص ٣٢٢ .

(٩٨) تفصيل هذه القيود في الفصل الاول من الباب الثاني من هذه الرسالة.

(٩٩) سعيد الزهاوي — المرجع السابق — ص ٨٧٠ — ٨٧١ .

لتحقيق غاية وليست غاية في حد ذاتها . فهي في نظرهم ذات صفة مزدوجة، فردية واجتماعيه ، وليست ذات طبيعة فردية مطلقة او ذات وظيفة اجتماعية خالصه[100] . واذا اضيف بعض المال الى الجماعة فلأن مصلحة الجماعة اولى بالاعتبار عندئذ ، ولأن الانسان يتلقى الخلافة في الاموال الخاصة من المجتمع . وقد بينت السريعة ما تقتضيه هذه الخلافة من تكاليف واعباء على سلطات المالك روعي فيها ما للملكية من وظيفة اجتماعية[101] .

وعلى العموم ، فان هذا الاتجاه في تحديد طبيعة الملكية يهدف الى وجوب الموازنه بين الحقوق الفردية وبين الحقوق الجماعية ، والى الاعتراف بما للملكية من وظيفة اجتماعية تؤكدها القيود الشرعية والارادية على سلطات المالك تنظيما للغرائز . وعلى فرض ان الانسان يعتبر مستخلفا او نائبا عن الله تعالى في حيازة الاموال والانتفاع بها ، فان هذه النيابة تكون من الخالق سبحانه وتعالى الذى حكم الناس بنظام دقيق يضمن اشباع حاجاتهم الغريزية الفطرية مع مراعاة حقوق ومصلحة الجماعة باداء ما للملكية من وظيفة او رسالة اجتماعيه ينقيد ممارسها بعدم الاضرار بالاخرين ، وبعدم اساءة استعمال الحق ، وبالامتناع عن احتكار الاموال او تبذيرها ، وبعدم اخذ الربا اضعافا مضاعفه ، لما في ذلك من مخالفة لمقاصد الشارع العليا من شرعه .

كما ان المصلحة الاجتماعية التي تبدو في الشق الثاني من الطبيعة

---

(100) الدريني ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤ــ٢٥/ محمد باقر الصدر ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠١ / محمد ايس ابراهيم ــ البحث السابق ــ ص ٢٣٧ / عبدالحليم الجندي ــ البحث السابق ــ ص ٨٨ .
محمود المظفر ــ المرجع السابق ــ ص ٤١ هامس رقم (١) .

(101) عبدالمنعم فرج الصدة ــ دراسه مقارنه بين التريعة الاسلامية والفانون الوضعي في المعاملات المالية حـ ١ ــ المرجع السابق ــ ص ٧٣ / عبدالعزيز الخياط ــ المجنمع المنكافل في الاسلام ــ الطبعة الاولى ــ عمان مكتبه الاقصى ١٩٧٢ ص ٩٨ ، ١١٢ وما بعدها .
عبدالمفصود شلتوت ــ نظربة النعسف في استعمال الحق ــ البحث السابق ــ ص ١٥٠ / احمد الكبيسي ــ التركة وحق الملكية بالخلافة ــ محاضرات على طلبة الدراسات العليا في الشربعة الاسلامية بجامعة بغداد . (مسحوبة بالرونيو) ص ٢ــ٣ .

المزدوجة لحق الملكية ، والتي يؤكدها ما فرض على الملكية من قيود ، والتي تهم شؤون مجموع المسلمين من ضروريات وحاجيات وتحسينات ، ينبغي ان تكون المرجحة دائما عند تعارضها مع المصلحة الذاتية ، لان درء المفاسد اولى من جلب المنافع ، ولان الضرر العام يدفع بتحمل الضرر الخاص . وعلى الفرد في اشباع حاجاته واجب مراعاة حقوق الجماعة ومصلحتها .

ان اصحاب هذا الاتجاه رأوا ان الشريعة الاسلامية وان تولت تنظيم الملكية الفرديه العقارية والمنقولة ، وبينت احكامها بصورة دقيقة ، ووضعت الجزاء اللازم لمنع الاعتداء عليها ، الا انها لم تعتبرها حقا مقدسا لا يجوز المساس به ، وانما نظرت اليها من زاوية اجتماعية وفرضت على سلطات المالك العدبد من القيود لصالح مجموع المسلمين ضمانا لحسن اداء الملكية وظيفتها الاجتماعية ومراعاة لأهم قوتين اجتماعيتين في الحياة ، وهما غريزة التملك وغريزة الاجتماع .

كما رأوا ان الانجاهين الاخرين المشار اليهما في المبحثين السابقين ، وان استندا الى حجج على قدر متفاوت من الوجاهة ، الا انهما ينطويان على كثير من المآخذ . فالتسليم بالاتجاه الاول أمر متعذر . لانه نظر الى المصلحة الذاتية للفرد واغفل مصالح الجماعة ، واعتبر الملكية حقا مطلقا . وهو ما لا يمكن قبوله لتعارضه مع مقصد الشارع من لزوم الموازنة بين الرغبات الفردية والضرورات الاجتماعية ، ولانه يفضي الى تصادم الرغبات وتنازعها ، ولانه اغفل حقيقة هامة هي ان الفرد مدين للجماعة في وجوده وفي اشباع حاجاته ورغباته .

واما الاتجاه الثاني فهو يصيب الحقيقة بشأن الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ولكن يجب الا يفهم منه انه يشمل ايضا الملكية الشخصية للادوات الاستهلاكية فهذه تعبر عن الحاجة الفطرية للانسان . فالفرد في حياته تتحكم فيه مجموعة من الحاجات . فلكي يعيش لابد من ان يأكل ويشرب ويلبس ،

وهو يمارس الجنس حفظا للنوع البشرى ، ويجتمع الى غيره من الناس بدافع من غريزته في الاجتماع • وعلى ذلك فان الملكية الشخصية والحياة مرتبطتان• يؤيد ذلك ، ان الانسان مارس حقه في التملك للاشياء الشخصية منذ ان وجد على الارض ولا يزال كذلك حتى يرث الله الارض ومن عليها •

المبحث الرابع

انواع الملكية في الاسلام

تبدو الملكية في ظل الشريعة الاسلامية على اربعة انواع رئيسة • اولها ، ما يقتصر تملكه على الجماعة وحدها ، وتسمى الاموال المملوكة ملكية جماعية او مشتركة • وثانيها ، ما يقتصر تملكه على فرد او اكثر وتسمى الاموال المملوكة للافراد والتي يتحدد الانتفاع بها في حدودها المرسومة شرعا والا عد الشخص متعديا على حقوق غيره • وثالثها ، الاموال المملوكة للدولة والتي تضاف ملكيتها او حق التصرف بها عادة الى ولي الامر او من يمثله كالاراضي الموات • اما رابعها فهو ما يتعلق بملكية الاشياء المعنوية • ان الالمام بكل ذلك يقتضيني بحثه في المطالب الاربع الاتية :

المطلب الاول

الاموال المملوكة للجماعة

لقد حظر الاسلام على الافراد تملك بعض الاموال او تمليكها بسبب تعلق حق الجماعة بها ، لأهميتها في حياة الامة ، ولانها مخصصة للنفع العام ، ينتفع بها الافراد باعتبارهم جزءا من الجماعة • ومن هذه الاموال المساجد ، التي اقر الاسلام ملكية المسلمين المشتركة لها • فجاء في القرآن الكريم قوله تعالى (وان المساجد لله) • ومفاد الآية الكريمة ، انها لعموم المسلمين ،

يؤدون فيها عبادتهم وشعائرهم(١٠٢) . ومنها ، الوقف الذي خصصت غلاته وثمراته عاجلا او آجلا لجهة بر لا تنقطع يتحقق بها خير الجماعة(١٠٣) . ومما يتعلق بذلك ، ان امير المؤمنين عمر (رض) اصاب ارضا في خيبر ، فقال يا رسول الله أصبت ارضا بخيبر لم احب مالا قط انفس عندي منه فما تأمرني، فقال له (ص) ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها ، فوقفها عمر على ان لا تباع ولا توهب ولا تورث ونصدق بغلتها على الفقراء وذوي القربى وفي الرقاب والضعيف وابن السبيل ولا جناح على من وليها ان يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول(١٠٤) .

ومن هذه الاموال المحبوسة على النفع العام ، الطرق العامة والمياه والانهار والاسواق العامة والقناطر وغيرها . وقد جاء في شرائع الاسلام للحلي ما يلي:ـ « المراد من السوارع والغرض بها الاستطراق ومنفعتها الاصلية التردد فيها بالذهاب والعود والناس فيها سرع سواء ، ويجوز الوقوف والجلوس فيها لغرض الاستراحة والمعاملة وغيرها بشرط ان لا يتضرر بها احد ولا يضيق على المارة سواء أذن فيه الامام او لا ، لاجماع الناس على ذلك في جميع الاصقاع والامصار ... »(١٠٥) .

ان هذه الاموال المملوكة ملكية جماعية او مشتركة بين المسلمين تؤدي الرسالة الاجتماعية المناطة بها ، وتعتبر ملكيتها العامة وظيفة اجتماعية بذاتها، ولا يعدو من يتولى ادارتها او الاشراف عليها ان يكون نائبا عن الجماعة يتحدد في عمله بمقاصد الشارع الهادفة الى تحقيق مصالح عموم المسلمين . ذلك

---

(١٠٢) علي الخفيف ــ الملكية في الشريعة الاسلامية ــ حـ ١ ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨ .

(١٠٣) علي الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨ .

(١٠٤) محمدعلي السائس ــ البحث السابق ــ ص ٢١٣ .

(١٠٥) شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري ــ للمحقق الحلي ــ مجلد٢ ــ بيروت منشورات مكتبة الحياة ــ بدون سنة نشر ص ١٧٠ .

لان وظيفة هذه الاموال تتعلق بهذه المصالح مباشرة مما يقتضي ضمان استمرار انتفاع الناس بها ودفع المنازعات التي قد تثور حولها .

اما عن الماء والكلأ والنار ، فقد اعتبرها التشريع الاسلامي من الحاجات الاساس التي لا يجوز ان تخضع للتملك الفردي لما أثر عن الرسول (ص) قوله (المسلمون شركاء في ثلاثة : في الماء والكلأ والنار)[١٠٦] ، وفي قوله (ص) (المسلمون شركاء في الملح وما يقاس عليه)[١٠٧] . ولعل السبب في ذلك ، ان الاقرار بحق الافراد في تملكها ، وهي حاجات ضرورية ، قد ينطوي على الاضرار بمصلحة الجماعة[١٠٨] . ومما يتعلق بذلك قول الامام ابي يوسف في المروج : « ولو ان اهل قرية لهم مروج يرعون فيها ويحتطبون منها قد عرف انها لهم فهي لهم على حالها يتبايعونها ويتوارثونها ويحدثون فيها ما يحدث للرجل في ملكه ، وليس لهم ان يمنعوا الكلأ ولا الماء ، ولاصحاب المواشي ان يرعوا في تلك المروج ويستقوا من تلك المياه . ولا يجوز لاحد ان يسوق ذلك الماء الى مزرعة له الا برضى من اهله ... »[١٠٩] . وجاء في كتاب الخراج ايضا : ان المسلمين شركاء في الانتفاع بالمياه من دجلة والفرات او اي نهر كبير نحوهما او واد يستقون منه وليس لاحد ان يحبس الماء عن احد دون احد ، كما تقع على الامام كرى الانهار لمصلحة عموم المسلمين ان احتاج الى ذلك ، لهذا قال « الفرات ودجلة يسقي منهما من شاء وتمر فيهما السفن ولا يكونون فيهما شفعاء لشركتهم في شربه »[١١٠] .

---

(١٠٦) نيل الاوطار — للشوكاني — حـ ٥ ط ٢ ، ١٩٥٢ ص ٣٢٢—٣٢٣
الاموال — لابى عبيد — المرجع السابق — ص ٢٩٤ — ٢٩٥ .
سنن الحافظ ابى عبيدالله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة — حـ ٢ — القاهره — مطبعة مصطفى البابى الحلبى — ١٩٥٣ ص ٨٢٦ .
الخفيف — الملكية فيالشريعة الاسلاميه — حـ ١ المرجعالسابق — ص٥٥.

(١٠٧) محمد شوقي الفنجري — خصائص الاشتراكية في الاسلام — البحث السابق — ص ٤٦—٤٧ .

(١٠٨) محمد فاروق النبهان — المرجع السابق — ص ٢٢١ .

(١٠٩) كتاب الخراج — للامام ابى يوسف يعقوب بن ابراهيم — ط ٣ القاهرة المطبعة السلفية ١٣٨٢هـ ص ١٠٢ .

(١١٠) الخراج — المرجع السابق — ص ٩٧ — ٩٨ .

كما يعتبر حمى بعض الاموال ملكا للمسلمين على سبيل الانتفاع الجماعي • فقد روى عن رسول الله (ص) قال : (لا حمى الا لله ورسوله) • اى ان الحمى انما يكون لمنفعة المسلمين دون ان يختص به احد ، لان ما لله هو للمسلمين • وهذه الحماية من الرسول (ص) لا تعدو ان تكون اقرارا للملكية الجماعية وانساءا لها في الاسلام ، وتصير الارض بها ملكا لجماعة المسلمين في سبيل منفعة عامة لهم • كأن تكون مرعى لخيلهم التي يحملون عليها حين يجاهدون في سبيل الله تعالى • ولامام المسلمين بمقتضاها ان يأخذ من اموال العباد واملاكهم ما تدعو الى ذلك مصلحة عامة ، لان مصلحة الجماعة مقدمة على المصالح الخاصة[111] •

اما التساؤل عن مدى خضوع ملكية الثروات المعدنية من المعادن والنفط والذهب والفضة والحديد والنحاس وما الى ذلك لتملك الجماعة او الدولة ، او اختصاصها بالافراد ، فان الاجابة عليه تستمد من المبادىء التي تنظم الملكية في الشريعه الاسلامية والقيود الشرعية الواردة على حقوق الافراد ، مما يدفعني الى ارجاء الكلام على ملكيتها في الاسلام الى الفصل الاول من الباب الثاني من هذه الرسالة الذى سأعقده للبحث في كل ذلك •

المطلب الثاني

الاموال المملوكة للافراد

تخضع بعض الاموال المتقومة ، وهي الاموال التي تقر الشريعة لها بالقيمة والاعتبار ، لتملك الافراد سدا لحاجاتهم الضرورية في المأكل والمشرب والملبس والمسكن وادواته المنزلية وغيرها • وهذه الاموال هي ما تسمى ملكيتها الان بالملكية الشخصية • ان الوظيفة الاجتماعية لهذه الاموال لاتبدو

---

(111) علي الخفيف ــ الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام ــ المبحث السابق ــ ص ١٠٨ •

الا في الحدود التي تستقيم بها حياة الانسان باعتباره عضوا في جماعة • فلابد له من استهلاكها او استعمالها شخصيا لضرورة ذلك في حياته • والى جانب هذه الاموال ، هناك من الاموال ما يخضع لتملك الافراد ، وتسمى الاموال الانتاجية التي تهم مصلحة الجماعة ، كالارض والنقود • وفيها تظهر الطبيعة المزدوجة للملكية الفردية • فتتدخل السريعة الاسلامية لتلزم المالك بتأدية مالها من وطيفه اجتماعية ، وتجيز لولي الامر التدخل لضمان استمرار اداء الوظيفة الاجتماعية لهذه الاموال دفعا للضرر العام[112] اذا لم يتقيد المالك بمبادىء السريعة في هذا الشأن •

وضمانا لانتفاع الجماعة بهذه الوظيفة ، الزم الشارع المالك بالتصرف في الاموال على الوجه المشروع لها • فحظر اكتنازها بقوله تعالى (والذين يكنزون الذهب والفضة ولاينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم)[113] • لان اكتناز الاموال دون انفاقها في سبلها المشروعة يعني تخلف المالك عن القيام بأهم تكليف يلتزم بادائه وهو ضرورة اتباع انجع السبل في استمرار استثمار الاموال[114] ، لما في هذا الاستثمار من مرضاة للشارع بتنفيذ اوامره، ولما في كنز المال وتعطيله عن الاستثمار من تعسف في استعمال الملكية[115] • ذلك لان حبس المال عن التداول يؤدى الى شل وتعطيل وظيفته التي وجد من اجل ممارستها ، وهي التداول وتيسير التعامل •

ومن التكاليف الايجابية والسلبية على حرية المالك في التصرف في

(١١٢) في تفصيل ذلك انظر احمد زكى يمانى ـ عدالتنا الاجتماعية ـ البحث السابق ـ ص ١٦ ـ ١٧ .
محمد عبدالله العربى ـ البحث السابق ـ ص ١٧٤ .
عبدالمقصود شلتوت ـ البحث السابق ـ ص ١٥١ .
على الخفيف ـ البحث السابق ـ ص ١١٥ـ١١٦ .

(١١٣) سورة التوبة ـ آية رقم ٣٤ .

(١١٤) على الخفيف ـ الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام ـ البحث السابق ـ ص ١٢٠ / محمد عبدالله العربى ـ الملكية الخاصة وحدودها في الاسلام ـ البحث السابق ـ ص ١٦٤ ـ ١٦٥ .

(١١٥) سعيد الزهاوي ـ المرجع السابق ـ ص ٥٤٨ .

امواله ، تحريم الاسراف والتبذير لمناقضتهما فصد النسارع • وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى (ان المبذرين كانوا اخوان السياطين)[116] • لان تعاليم الاسلام اوجبت الانفاق في الوجوه المسروعة بصورة تتوازن مع دخل الفرد • يؤكد ذلك قوله تعالى (فلينفق دو سعة من سعته ومن فدر عليه رزفه فلينفق مما اناه الله)[117] ، وقوله سبحانه (وانفقوا في سبيل الله ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة)[118] ، وقوله عز وجل (ومثل الذين ينفقون اموالهم ابتغاء مرضاة الله وتثبيتا من أنفسهم كمثل جنه بربوة اصابها وابل فآتت اكلها ضعفين)[119] • وقوله عليه الصلاة والسلام : (اذا اتاك الله مالا فلير انر نعمته عليك وكرامته)[120] • كما ورد عنه (ص) في تضييع المال ، ان صرف المال في غير وجوهه السرعية وتعريضه للتلف هو افساد والله لا يحب المفسدين • ففد روى المغيرة بن شعبة عن رسول الله (ص) نهيه عن نلاث : « قيل وفال وكنرة السؤال واضاعة المال »[121] •

لقد حث الاسلام على الاعتدال في كل شيء • وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى (وكلوا واشربوا ولا تسرفوا)[122] • فأوجب سبحانه الاعتدال في الانفاق بقوله تعالى (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتفعد ملوما محسورا)[123] ، (والذين اذا انفقوا ولم يسرفوا ولم يقتروا •••)[124] ، (ولا يحسبن الذين يبخلون بما آتاهم الله من فضله

(١١٦) سوره الاسراء ـ آنة رفم ٢٧ •

(١١٧) سوره الطلاف ـ آية رقم ٧ •

(١١٨) سوره البفره ـ آية رقم ١٩٥ •

(١١٩) سوره البفره ـ آنه رقم ٢٦٥ •

(١٢٠) أحمد زكى يمانى ـ البحث السابق ـ ص ١٥ هامش رفم ٦ •

(١٢١) سعد الزهاوي ـ المرجع السابق ـ ص ٥٣٧ •

(١٢٢) سوره الاعراف ـ آية رقم ٣١ •

(١٢٣) سوره الاسراء ـ آنة رفم ٢٩ •

(١٢٤) سوره الفرقان ـ آية رفم ٦٧ •

هو خير لهم بل هو شر لهم سيطوقون ما بخلوا به يوم القيامة)[١٢٥] ، (ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون)[١٢٦] .

واذا كانت الوظيفة الاجتماعية للاموال تتأثر بالسح ، فقد حذر الرسول (ص) الناس منه لما فيه من منع للمنافع بقوله الشريف (اياكم والشح ، فانما هلك من كان قبلكم بالسح : أمرهم بالبخل فبخلوا ، وأمرهم بالقطيعة فقطعوا ، وامرهم بالفجور ففجروا)[١٢٧] ، وقوله (ص) « اعط ولا تحص فيحصى عليك »[١٢٨] .

ان من اهم التكاليف السلبية التي فرضتها الشريعة الاسلامية على الافراد، الامتناع عن اكل اموال الناس بالباطل ، ومنها اموال اليتيم ، تنظيما للحقوق في المجتمع . لذلك جاءت الآيات الكريمة والاحاديث النبوية تنهى عن ذلك . فقال تعالى (ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا لتأكلوا فريقا من اموال الناس بالاثم وانتم تعلمون)[١٢٩] . والخطاب هنا موجه الى المسلمين كافة ، ومفاده ما ينطوي عليه ذلك من جناية على نفس الآكل وعلى الامه معا . ولهذا اختار سبحانه وتعالى لفظ : (اموالكم) للاسعار بوحدة الامة وتكافلها الاجتماعي ، مما يفرض على الجميع واجب صيانة المال والمحافظة عليه وفقا لقصد الشارع[١٣٠] .وجاء النهي القاطع عن أكل اموال اليتامى في قوله سبحانه : (ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا

---

(١٢٥) سوره آل عمران ــ آيه رقم ١٨٠ .

(١٢٦) سوره الحشر ــ آية رقم ٩ .

(١٢٧) سنن ابى داود ــ لابى داود سليمان بن الاسعث بن اسحاق الاردي السجستاني ــ تعليق أحمد سعيد علي ح ١ ط ١ ــ القاهره ــ مطبعة مصطفى البابي الحلبي ــ ١٩٥٢ ص ٣٩٤ .

(١٢٨) نفس المرجع ــ ص ٣٩٤ .

(١٢٩) سوره البقرة ــ آية رقم ١٨٨ .

(١٣٠) عفيف عبدالفتاح طباره ــ روح الدين الاسلامي ــ ط ٩ بيروت دار العلم للملايين ١٩٧٢ ص ٣٢٤ .

وسيصلون سعيرا)[١٣١] ، (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن حتى يبلغ اشده)[١٣٢] •

ان هذه الآيات الكريمة ، تنزلت لتوجب ممارسة الملكية الفردية وظيفتها على النحو المشروع ولتجنبها الانحراف عن الطريق الذى رسمه الشرع لها • وقد اكد الرسول (ص) ذلك في كثير من احاديثه الشريفة • منها ، قوله (ص) (على اليد ما أخذت حتى ترد)[١٣٣] ، وذلك منعا للاعتداء على اموال الاخرين واخذها ظلما وعدوانا بالغصب[١٣٤] • وقد جعلت الشريعة الاسلامية مبدأ الرضا اساس المعاملات المالية ، تطبيقا لقوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم)[١٣٥] • كما اباحت للناس الانتفاع بالمال وفقا لما امر به الشرع • اما من لم يحسن استعماله والتصرف فيه كالسفيه فانه يحرم من ذلك[١٣٦] ، منعا لتضرر المصلحة العامة بتعطيل الوظيفة الاجتماعية للملكية ، مما دفع جمهور فقهاء المسلمين الى القول بجواز الحجر على السفيه[١٣٧] ، دون ان يخرج على شبه الاجماع هذا غير

---

(١٣١) سورة النساء ــ آية رقم ١٠ •

(١٣٢) سورة الانعام ــ آية رقم ١٥٢ •

(١٣٣) محمدعلى السائس ــ ملكية الافراد ومنافعها في الاسلام ــ البحث السابق ص ٢٠٦ ــ ٢٠٧ •

(١٣٤) محمدعلي حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٢٢٣ــ٢٢٤ •
محمدعلى السائس ــ البحث السابق ــ ص ٢١١ •

(١٣٥) سورة النساء ــ آية رقم ٢٩ •

(١٣٦) عبدالسميع المصري ــ المرجع السابق ــ ص ٦٠ / صلاحالدين الناهى ــ محاضرات عن القانون المدني العراقى ــ حق الملكه في ذاته ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٢ / عبدالمقصود سلتوت ــ نظرية التعسف في استعمال الحق ــ البحث السابق ــ ص ١٥٠ •

(١٣٧) يراد بالحجر المنع من التصرف • ومنه حجر القاضى على الصغير والسفيه اذا منعهما من التصرف في مالهما •
لسان العرب ــ لابن منظور ــ مجلد ٤ لبنان دار صادر دار بيروت ــ

الامام ابي حنيفة الذى لم يجز الحجر الا على المجنون والصبي والرفيق • فقد أبى توقيع الحجر على الحر البالغ العاقل باستثناء المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس ، الذين اجاز الحجر عليهم بقصد منعهم من مزاولة مهنهم درءا للاضرار بالناس(١٣٨) •

ومن الاعباء والتكاليف الاجتماعية التي توضح الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادى الاسلامي وتحفظ وظيفة المال الاجتماعية قول الرسول (ص) : (من منع فضل الماء ليمنع به فضلا الكلأ منعه الله فضله يوم القيامة)(١٣٩) ، وقوله (ص) (من كان عنده فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ، ومن كان عنده فضل زاد فليعد به على من لا زاد له)(١٤٠) ، وقوله الشريف (لاتمنعوا كلأ ولا ماءا ولا نارا ، فانه متاع للمقوين ، وقوة للمستضعفين)(١٤١)• يتضح من ذلك ، ان الملكية تطبيقا لاقوال الرسول (ص) ينبغي ان تكون وسيلة امن وعمل وخير ، واذا انقلبت الى وسيلة ضارة خرجت عن وظيفتها الاجتماعية وحق لولي الامر اتخاذ الاجراءات اللازمة لضمان تحقيق وظيفتها(١٤٢) •

١٩٥٥ ص ١٦٧ / أحمد علي الخطب — الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الاسلامى والقانون المقارن — (رسالة مقدمة لجامعة القاهره لنيل درجة الدكتوراه في التشريع الاسلامية) القاهره — مطبعة دار التأليف — ١٩٦٤ ص ٦٧—٦٩ .

سعيد الرهاوي — المرجع السابق — ص ٥٤٢ — ٥٤٩ .

(١٣٨) احمد الخطيب — المرجع السابق — ص ٧٢ .

(١٣٩) الاموال — لابي عبيد — المرجع السابق — ص ٢٩٦ .

الخراج — لابى يوسف — المرجع السابق — ص ٩٦ .

(١٤٠) سنن ابى داود — المرجع السابق — ص ٣٨٧ .

(١٤١) الخراج — لابى يوسف — المرجع السابق — ص ٩٧ .

(١٤٢) محمود محمود رافع — البحث السابق — ص ٣٥ .

المطلب الثالث

احياء الاراضي المـوات

أنضح مما سبق بيانه ، مدى حرص السريعة الاسلامية على ضمان استمرار الوظيفة الاجتماعية للاموال وتحصيل النفع العام ، من طريق الحث على العمل والتسجيع عليه بسق دروبه واستخدام الايدى العامله • ومن المسائل التي ترتبط بالعمل ، احياء الاراضي الموات[١٤٣] ، التي تبدو فيها الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في السريعة الاسلامية بأجلى صورها ، والني نعد من طرق اكنساب الملكيه الفردية في الاسلام • والارض الموات هي الارض التي لاينتفع بها لانغمارها بالمياه او لانقطاع الماء عنها او لاسباب اخرى نحول دون الانتفاع بها ، ولا فرق بين ان يكون قد سبق احياؤها نم ماتت وبين موتها ابتداءا[١٤٤] •

ان الاراضي الموات عند جمهور الفقهاء ، هي الاراضي التي لا مالك لها والبعيده عن العمران والتي لا ينتفع بها احد[١٤٥] • وبهذا الرأى اخذت مجلة الاحكام العدلية في المادة (١٢٧٠)[١٤٦] •

---

(١٤٣) الاحياء في اللغة : جعل التيء حيا ، والحى من الاسياء نقيض الميت ، والجمع احياء / موسوعه جمال عبدالناصر في الفقه الاســـلامى — يصدرها المجلس الاعلى للشؤون الاسلاميه حـ ٤ — القاهره — مؤسسه دار التحرير للطبع والنشر — ١٣٨٩هـ ص ٣٣ .

(١٤٤) سيد حسن امامى — الحقوق المدنيه — حـ ١ — منسورات الجامعـــه الايرانيه ١٣٣٥هـ ص ١٣٠ / الروضه البهيه في سرح اللمعه الدمشقيه — لزين‌الدين الجبعى العاملى (التسهيد الثانى) حـ٧ ط ١ النجف — مطبعه الاداب — ١٩٦٨ ص ١٣٣ .
الجوهره النيره لمختصر القدوري — لابى بكر محمد الحدادي — حـ ١ ط ١ القاهره — المطبعه الخيريه — ١٣٢٢هـ ص ٣٦٢ — ٣٦٣ .
الاختيار لتعليل المختار — لعبدالله بن محمود بن مودود الموصلى‌الحنفى — حـ ٣ ط ٢ — القاهره — مطبعه البابى الحلبى — ١٩٥١ ص ٦٦ .

(١٤٥) موسوعة جمال عبدالناصر — حـ ٤ المرجع السابق — ص ٣٣ .

(١٤٦) تفصيل هذه الماده — انظر : درر الحكام في سرح مجلة الاحكام — على حيدر — تعريب المحامى فهمى الحسينى — حـ ٣ بعداد — منشورات مكتبة النهضة بدون سنه نشر ص ٢٩٣ .

والاحياء يتم بمباشرة المحيي ازالة المانع من الانتفاع بالارض ، كـأن يقوم بزراعتها او بأعمارها[١٤٧] • وحكمه ، ملكية المحيي لما احيا ، اعمالا لقول الرسول (ص) « من احيا ارضا ميتة فهي له ، وليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين »[١٤٨] ، وفي رواية اخرى « من احيا ارضا ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق »[١٤٩] •

ويذهب الشيعة الامامية الى ان المحيي مسلما كان او كافرا يتملك ما احيا اذا قصد تملكه في حالة غيبة الامام ، اما اذا كان الامام حاضرا فلا يصح الاحياء الا بأذنه[١٥٠] • وحكم الاحياء عند الشيعه الجعفرية هو تملك المحيي لما احيا وان اختلفوا في شروطه • وقد جاء في تذكرة الفقهاء للحلي ما يلي « ولان الحاجة تدعو الى ذلك وتشتد الضرورة اليه لان الانسان مدني الطبع لايمكن ان يعيش كغيره من الحيوانات بل لابد من مسكن يأوي اليه هو وعياله وموضع يختص به • فلو لم يشرع الاحياء لظهر الحرج العظيم وهو منفي اجماعا ••• وان الاحياء مستحب لما فيه من السعي الى تحصيل الرزق المأمور به في قوله

---

(١٤٧) سيد حسن امامي ـ المرجع السابق ـ ص ١٣٠ •
بدران ابو العينين بدران ـ الشريعه الاسلاميه ـ المرجع السابق ـ ص ٣٣٧ •

(١٤٨) الاموال ـ لابى عبيد ـ المرجع السابق ـ ص ٢٨٥ •
الروضه البهية في شرح اللمعه الدمشقية ـ للشهيد الثاني ـ المرجع السابق ـ ص ١٣٥ / تذكرة الفقهاء ـ لجمال‌الدين الحسن بن يوسف ابن علي بن مطهر الحلى ـ مجلد / ٢ طهران المكتبه المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية ـ ١٣٨٨هـ ص ٤٠٠ لسان العرب ـ لابن منظور ـ مجلد ١٤ ، ١٩٥٦ ص ٢١٤ •

(١٤٩) تذكره الفقهاء ـ للحلى ـ المرجع السابق ـ ص ٤٠٠ •
المبسوطة في فقه الامامية ـ لابى جعفر محمد بن الحسن بن على الطوسى ـ صححه وعلق عليه محمد الباقر البهبودي ـ حـ ٣ ـ طهران ـ المطبعة المرتضوية ـ بدون سنة نشر ص ٢٦٨ •

(١٥٠) الروضه البهية في شرح اللمعه الدمشقية ـ المرجع السابق ـ ص ١٣٥ وما بعدها / تذكرة الفقهاء ـ للحلى ـ المرجع السابق ـ ص ٤٠٠/ مفتاح الكرامة ـ للحلى حـ ٧ ـ المرجع السابق ـ ص ٣ـ٤ ، ١١ •

تعالى (فأمسوا في مناكبها وكلوا من رزقه) ومن اخراج العاطل من خير العطلة المستمله على نضييع المال الى حيز العمارة ..)[151] .

ويرى الحنابلة ان الاحياء لا يكون الا بالاحاطة ان كانت ارضا وبالحفر ان كانت بئرا ، والى ان المحيي يملك ما احيا ، وانه مخير بين الانتفاع بما احيا وبين تركه . مستدلين على ذلك بقول الرسول (ص) « العباد عباد الله ، والبلاد بلاد الله . ومن احياء ارضا ميتة فهي له »[152] .

اما الاحناف فقد توزعوا على اتجاهين في هذا الشأن . اولهما ويمثله الامام ابو حنيفه الذى لم يرد في الاحياء سببا كافيا للملك . واشترط اذن الامام منعا للمنازعات ، مستدلا على ذلك بقول الرسول (ص) (ليس لاحد الا ما طابت به نفس امامه)[153] . وبهذا الرأي أخذت مجلة الاحكام العدلية في المادة (١٢٧٢)[154] . اما الاتجاه الثاني ، فقد تزعمه الصاحبان ابو يوسف ومحمد بن الحسن اللذان ذهبا الى ان الاحياء بذاته يكون سببا للملك ولا حاجة الى اذن الامام[155] . فقال الامام ابو يوسف تفسيرا لاحاديث

---

(١٥١) تذكره الفقهاء — للحلي — المرجع السابق — ص ٤٠٠ .

(١٥٢) الاحكام السلطانية — لابى يعلى محمد بن الحسن الفراء الحنبلى — صححه وعلق عليه محمد حامد الفقي — ط ١ — القاهره — مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٩٣٨ ص ١٩٤ ، ١٥٦—١٥٧ .

(١٥٣) نفس المرجع — ص ١٩٣ هامش رقم ١ .
الجوهرة النيره لمختصر القدوري — المرجع السابق — ص ٣٦٣ .
الاحكام السلطانية والولايات الدينيه — لابى الحسن علي بن محمد ابن حبيب البصري البغدادي الماوردى — ط ١ — القاهرة — مطبعة مصطفى البابي الحلبى — ١٩٦٠ ص ١٧٧ .
سعيد امجد الزهاوي — المرجع السابق — ص ٣١٢ / الهدايه شرح بداية المبتدىء — لبرهان الدين ابى الحسن على بن أبى بكر بن عبدالجليل الراشدانى المرغينانى — ج ٤ — القاهره — مطبعه مصطفى البابى الحلبى — ١٩٣٦ ص ٧٣ .

(١٥٤) انظر شرح هذه المادة — درر الحكام في شرح مجلة الاحكام — علي حيدر — المرجع السابق ص ٢٩٦ .

(١٥٥) الجوهرة النيره لمختصر القدوري — المرجع السابق — ص ٣٦٣ .

الرسول (ص) في الاحياء ان « معنى هذا الحدث عندنا على الارض الموات التي لا حق لاحد فيها ولا ملك ، فمن احياها وهي كذلك فهي له ، يزرعها ويزارعها ويؤاجرها ويكون منها الانهار ويعمرها بما فيه مصلحتها ، فان كانت في ارض العسر ادى عنها العسر ، وان كانت في ارض الخراج ادى عنها الخراج، وان احتفر لها بئرا او استنبط لها قناة كانت ارض عشر »[١٥٦] .

وقد فرق الامام مالك بين الاراضي المجاورة للعمران والاراضي الساقطة البعيدة عنه ، ورأى ان الاراضي من النوع الاول مستثناة من هذا الحكم ، واما الاراضي من النوع الثاني فلا يشترط في ملكيتها منحة الامام أو اعطاؤه ، وانما تصبح ملكا للفرد بمجرد احيائه لها[١٥٧] .

اما عن حكم اهمال الارض المحياة عند الاحناف بعد احيائها ، فقد ذهبوا الى ان المحيي اذا اهمل عمارة الارض ثلاث سنين جاز للامام ان ينزع ملكية الارض منه ويدفع الارض الى غيره ممن يقوم باعمارها . ذلك لان الاحياء يكون سببا للملك بالعمارة في رأيهم[١٥٨] ، اما التحجير او الاحاطة فيعتبر وسيلة اعلام وليس سببا للملك . وفي ذلك قال الامام ابو يوسف في حق من يهمل الارض الموات بعد احيائها ثلاث سنين انه : (هو والناس في شرع واحد فلا يكون احق به بعد ثلاث سنين)[١٥٩] . ولا يخفى ما في هذا الاتجاه من الافراد على اداء الوظيفة الاجتماعية للارض المناط الانتفاع بها بمحييها ابتغاء تحقيق النفع للجماعة وعدم تعطيل استثمارها .

---

(١٥٦) الخراج — لابي يوسف — ص ٦٥ .

(١٥٧) الفروق — لشهاب الدين ابى العباس احمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي — ح ٤ ط ١ — مطبعه دار احياء الكتب العربية ١٣٤٦ هـ ص ١٨ وما بعدها ص ٤١ وما بعدها .
ابو الاعلى المودودي — مسألة ملكية الارض في الاسلام — المرجع السابق — ص ٣٦ .

(١٥٨) الجوهرة النيرة لمختصر القدوري — المرجع السابق — ص ٣٦٣ الاختيار لتعليل المختار — للموصلي — ح ٣ — المرجع السابق — ص ٦٦ .
الفتاوي الخيرية لنفع البرية — للنعمان بن ثابت أبي حنيفة — ح ٢ ط ٢ القاهرة — المطبعة الكبرى الميرية ببولاق — ١٣٠٠هـ ص ١٨٥ .

ورأى الامام مالك انه اذا احيى شخص ارضا ثم تركها دون استغلال وعمارة بعد احيائها حتى عادت مواتا ، زالت ملكيته للارض بسبب تقصيره عقابا له(١٦٠) ، لان الاسلام حث على العمل ودعا الى عدم تعطيل استثمار الاموال تحقيقا للنفع العام(١٦١) . وقد فضل الامام مالك قيام الجيران من اهل العامر باحياء الارض الموات على غيرهم من الاباعد ، ورأى الاستهداء بالعرف في تحديد مفهوم الاحياء ومداه(١٦٢) .

وذهب الامام الشافعي الى ان الموات من الارض يعني (كل ما لم يكن عامرا ولا حريما لعامر وان كان متصلا بعامر)(١٦٣) . وحكم التعطيل عند الشافعية بوجه عام ، يربط بالاعذار والظروف التي ادت اليه . فلم يربطوا التعطيل بزمن مؤقت ، وانما قالوا ان الاعذار الظاهرة اذا توافرت وتعطلت زراعة الارض اكثر من ثلاث سنوات فان الشخص يمهل حتى يزول العذر(١٦٤) . والى الحكم نفسه ذهب الحنابلة(١٦٥) .

اخلص من بيان مواقف مذاهب المسلمين حيال احياء الارض الموات الى القول ، ان الشريعة الاسلامية اولت الارض اهتماما كبيرا ، باعتبارها من الاموال الانتاجية التي تهم مصلحة الجماعة الى جانب المصلحة الذاتية ، سواء كانت صالحة للاستثمار او كانت متروكة او مغمورة بالمياه ، اى مواتا . فقد حرم الاسلام اهمال الارض وتركها دون نفع ، وحث على اعمار الاراضي البور

---

(١٥٩) الخراج — لابى يوسف — المرجع السابق — ص ١٠١ — ١٠٢ .
(١٦٠) الفروق — للقرافي — ح ٤ المرجع السابق — ص ١٨—٤١ .
(١٦١) الجوهرة النيرة لمختصر القدوري — المرجع السابق — ص ٣٦٣ .
(١٦٢) الاحكام السلطانية — للماوردي — المرجع السابق — ص ١٧٧ .
(١٦٣) الاحكام السلطانية — للماوردي — المرجع السابق — ص ١٧٧ .
ويراد بالحريم قصبة الدار وحكى عن ابن واصل الكلابى : حريم الدار ما دخل فيها مما يغلق عليه بابها وما خرج منها فهو الفناء .
لسان العرب — لابن منظور — مجلد ١٢ ، ١٩٥٦ ص ١٢٥ .
(١٦٤) الاحكام السلطانية — للماوردي — المرجع السابق — ص ١٩١ .
(١٦٥) الاحكام السلطانية — للماوردي — المرجع السابق — ص ١٩١ .
محمود المظفر — احياء الاراضى الموات — المرجع السابق — ص ٢٨٢—٢٨٣ .

تنمية لموارد الامة • ولهذا اؤيد رآى من ذهب من الفقهاء الى ضرورة اشتراط اذن ولي الامر لاحياء الاراضي الموات • ذلـك لان اسـتصلاح الاراضي ونعميرها باستثمارها بدون أذن ولي الامر فد يؤدى الى المنازعات بين الافراد لتسابك مصالحهم في الاحياء ، او فد يؤدى الى تعارض الاحياء مع ما تخططه الدولة من برامج زراعية او اقتصادية مما يقتضي في الاقل علم ولي الامـر بذلـك •

وأرى ان الانجاه الاجتماعي الذى فررنه الشريعة الاسلامية بسـقوط ملكية محبى الارض اذا اهمل عمارتها واستمارها بعد شروعه في احيائها عقابا له على تعطيل وظيفة الارض الاجتماعيه ، انجاه رائع ينبغي ان تحتذى بـه القوانين • ذلك لان اهمال المحيي يعتبر اخلالا منه بواجب القيام بالتكاليف الايجابية والسلبية التي فرضتها مبادىء الاسلام • وقد روى عن ائمة اهـل البيت القول « ان الارض لله تعالى جعلها وفقا على عباده • فمن عطل ارضـا ثلاث سنين متواليه لغير ماعلة ، اخذت من يده ودفعت الى غيره »(١٦٦) •

المطلب الرابع

ملكية الاشـياء المعنوية

الى جانب ملكية الانسياء المادية ، التي نرد على شيء محسوس ، توجد الملكية المعنوية او الادبية التي ترد على شيء غير مادى • وقد امتاز فقهـاء المسلمين وعلماؤهم بالمواهب والابداع في مختلف مجالات المعرفة • فكـان ما وصل الينا من بنات افكارهم ومؤلفاتهم مظهرا من مظاهر التقـدم العلمي والفني والادبي • وما انصدى له بالبحث هنا ، هو حق المؤلف في مؤلفه • وهل يجوز ان يستأثر باتناجه الذهني ، ام يترتب للجماعة حق فيما انتجه ؟

(١٦٦) تهذيب الاحكام — لابى جعفر ، محمد بن الحسن الطوسى جـ٧ تحقيق خراسان — النجف — مطبعة النعمان ١٣٧٧هـ ، ص ٢٣٢ — ٢٣٣ •
اصول الكافي — لابى جعفر محمد بن يعقوب الكليني — حـ ١ بـدون سنة نشر ص ٤١٥ •

للاجابة عن ذلك ، اقول ان فقهاء الشريعة الاسـلامية وضعوا الاسس الخلقية الصائبة في الموازنة بين الحقوق ، فأعطـوا للحـق الاجتماعـي ويمنعها عن الجماعة لما في هـذا المنع من اضرار بالمصلحـة العامـة . على الحق الفردى ، لما هو مستقر في السريعة الاسلامية ، من تغليب المصلحة العامة على المصلحه الخاصة عند تعارضهما ، لان السارع هدف في احكامه الى مراعاة مصالح العباد واعلاء شأن مصلحة الجماعة على مصالحهم فرادى . فقد جاء في منهاج السنة النبوبة للامام ابن تيمية ان : (من كان عنده علم فليظهره، فان كاتم العلم يومئذ ككاتم ما انزل الله على محمد)[١٦٧] . كما جاء في مقدمة ابن رشد الحفيد انه : (وكما يجب على المنعلم النعلم فكذلك يجب على العالم النعليم)[١٦٨] .

يستنبط من ذلك ، ان السربعة الاسلامية جعلت العلم للجميع لانه هبة من الخالق الى بعض عباده ، ولا يجوز ان يستأبر بهذه الهبة فرد من الافـراد وبمنعها عن الجماعة لمـا في هذا المنـع مـن اضـرار بالمصلحـه العامـة وتلك قاعدة عامة اقرنها السربعة الاسلامية ولم تتوصل القوانين المعاصرة الى اقرارها بعد ، وحتى الاسراكية منها[١٦٩] . ولعل السبب الذى يحدو بفقهاء المسلمين الى تقييد حقوق المؤلف الادبية ووضع النكاليف الايجابية والسلبية عليه ، مرجعه النظرة الاجتماعية الى مفهوم الحق ، لا سـيما ان آراء المؤلف وابتكاراته ليست الا سلسلة من حلقة تتصل بما سبقها من ابداع وابتكار . فالمالك مدين للجماعة بما يملك او يؤلف او ينتج ، وعلى هـذا يكون مـن الطبيعي مراعاة الجانب الاجتماعي في ملكية الاسياء غير المحسوسة ونقديمها على المصلحة الفردية .

---

(١٦٧) محمد رشاد سالم جـ١ (بدون سنة نشر)ـ ص١٠.

(١٦٨) غاية المنتهى في جمع الاقناع والمنتهى ـ للشيخ مرعى بن يوسف الحنبلي ـ حـ٢ ـ ٣٧٨ هـ ـ ص ٦ .

(١٦٩) الاحكام السلطانية للماوردي المرجع السابق ص ١٧٧ .
ويراد بالحريم قصبة الدار ، وحكى عن ابن واصل الكلابي : حريـم الدار ما دخل فيها مما يغلق عليه بابها وما خرج منها فهو الفناء .
لسان العرب ـ لابن منظور ـ مجلد ١٢ ، ١٩٥٦ ص ١٢٥ .

فصاحب الحق ، ماديا كان هذا الحق ام معنويا ، يخضع في ممارسة حقوقه والتصرف فيها لقواعد عدم اساءة استعمال الحق التي بينتهـا الشريعة الاسلامية من دون تفرقة بين استعمال مختلف الحقوق(١٧٠) . كما ان الشريعة الاسلاميه لم تقر التصرف في حقوق الانسان غير المادية ، لانهـا تشترط ان يكون المبيع مالا متقوما مقدور التسليم(١٧١) . وواضح ، ان حقوق المؤلف الادبية غير ماديه ويتعذر تسليمها الى الغير(١٧٢) .

لقد جاء في كتاب النهاية في غريب الحديث والاثر لابن الاثير ما يلي :ـ (وأنا اسأل من وقف على كتابي هذا ورأى فيه خطأ أو خللا ان يصلحه وينبه عليه ، ويوضحه ويسير اليه حائزا بذلك مني شكراً جميلا، ومن الله تعالى اجرا جزيلا)(١٧٣) . ان هذا القول ، يؤكد ان فقهاء المسلمين اجـازوا للمؤلف وللناشر وللقراء من العلماء اجراء التغيير والتعديل في المصنف بعد نشـره ، خلافا للقوانين الوضعية التي تقصر حق تعديل وتغيير المصنف عـلى المؤلف وحـده(١٧٤) .

أنني أرى ، ان ما ذهب اليه فقهاء المسلمين من اعطاء الحق للجماعة في تعديل وتغيير المصنف الذي يحتاج الى ذلك ، بدلا من قصر هذا الحق عـلى المؤلف وحده ، اقرب الى الصواب والمصلحة العامة مما ذهبت اليه كثير مـن القوانين الوضعية ومنها القانون العراقي في المادتين العاشرة والثالثة والاربعين

---

(١٧٠) فتحي الدريني ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٠ .

(١٧١) غاية المنتهى في جمع الاقناع والمنتهى ــ للشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي ــ ج ٢ ــ ١٣٧٨ هـ ص ٦

(١٧٢) سهيل الفتلاوي ــ المرجع السابق ــ ص ٩٢ .
(رسالة مقدمة لعمادة كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد لنيـل درجة الماجستير في القانون) كانون الثاني ١٩٧٦ ص ٤ــ١٣٠/٥ .

(١٧٣) النهاية في غريب الحديث والاثر ــ لابن الاثير ج ١ ــ تحقيق طاهر احمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي ــ القاهرة ــ داراحياء الكتب العربية ــ ١٩٦٣ ص ١١ .

(١٧٤) في تفصيل ذلك انظر : سهيل الفتلاوي ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٣ وما بعدهـا .

من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١[١٧٥] • وهو ان دل على شيء فانما يدل على تأكيد السربعه على النزعة الاجتماعية في نطاق هذا الحق غـير المحسوس وعدم اكترانها بالجانب الفردى المتعلق بالمؤلف •

ان ما استنتجه كخاتمة لهذا الفصل الذي عقدته لبيان آراء ائمة المسلمين في طبيعة الملكية ، ان السريعة الاسلامية وقفت في احكامها موقفا موفقا بـين الرغبات الفردية والحاجات الاجتماعيه ، هادفة الى توثيق الصلة بين الفرد وبين المجتمع ابتغاء اقامة العدل وضمان التكافل الاجتماعي واقامة الحياة على اسس خلقية متينة • فقد اعترفت بالوظيفة الاجتماعية للملكية ، واوجبت ممارسة هذه الوظيفة على النحو الذى يحقق مقاصد الشارع من شرعه ، لتكون الملكية أداة لخير المالك والمجتمع معا • وهو موقف يؤكد الطبيعة الجماعية للملكيـة الفردية في الاسلام ما دامت تهدف الى خير الجماعة وخير الفرد معا • ولا يخفى ما في هذا الموقف من اقرار بالملكية الخاصة وتنظيم لها على اسس اجتماعيـة لا تسمح بطغيان المصلحة الذاتيه ولكنها لا تنكر وجود الحق الفردى ، وما فيه من تصوير للملكية بانها حق له وظيفة اجتماعية وفق الرأى الغالب في الفكر الاسلامي • وسأتولى تفصيل هذا التنظيم في أحد فصلي الباب الثاني من هذه الرسـالة •

واذا كنت قد فرغت من بيان طبيعة الملكية في الشريعة الاسلامية في هذا الفصل ، فيتعين عليّ بيان طبيعة الملكية في القانون العراقي الذى تأثـر الى مدى بعيد بالمبادىء التي قررتها السريعة الاسلاميه • وسأخصص لهذا البحث الفصل الثاني من هذا الباب •

---

(١٧٥) نشر بجريدة الوقائع العراقية عدد ١٩٥٧ في ٢١–٤–١٩٧١ •

الفصل الثاني

طبيعة الملكية الخاصة ومظاهر وظيفتها في القانون العراقي

لا تبدو الملكية على شكل واحد في النظام القانوني العراقي • فالى جانب الملكية السخصية التي تستعمل لاشباع الحاجات الضرورية ، توجد الملكيه الخاصة للمنقولات والعقارات المفرزة منها والشائعة • وهناك ايضا ملكية الدولة للاموال التي تشمل صورتين : الملكية العامة (الدومين العام) والملكية الخاصة (الدومين الخاص) • الا ان ما يتعين عليّ بحثه من هذه الاشكال هو الملكية الخاصة فحسب • ولهذا يحسن بي بيان طبيعة الملكية في القانون العراقي بغية التعرف على مدى التنظيم القانوني لها وما اذا كان هذا التنظيم يساير التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وبناء المجتمع العراقي الجديد • ويجدر بي بعدئذ بيان مختلف المجالات التي تمارس فيها الملكية الخاصة وظيفتها • اما البحث في المبادىء التي تحكم الملكية في القانون العراقي فسأتكلم عليها في الباب الثاني من هذا البحث • ولذلك فانني سأوزع هذا الفصل على المبحثين الآتيين :ـ

أولهما ، طبيعة الملكية في القانون العراقي • وثانيهما ، مظاهر وظيفتها الاجتماعية بمقتضى احكامه •

المبحث الاول

طبيعة الملكية الخاصة في القانون العراقي

بينت فيما تقدم ، اتجاهات ففهاء المسلمين ورجال النريعة المتباينة حيال الملكية الفردية • وهي انجاهات نجد نظيرها بين فقهاء وكتاب القانون الوضعي• فلم يتفقوا بدورهم على تحديد طبيعة الملكية الخاصة ، واختلفوا في تعريفها وبيان خصائصها وتحديد نطاقها واسباب كسبها • وقد كشفت الاوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي برزت في مجتمعنا العراقي الجديد عن قصور النصوص القانونية القائمة وعدم استجابتها لمتطلبات التطور الراهن • ان معالجة هذا الموضوع تقتضيني توزيعه على المطالب الآتية :

المطلب الاول

موقف الفقهاء والكتاب من الملكية الخاصة

قبل ان اتناول بالبحث واقع الملكية في القانون العراقي ، يجدر بي ان أشير الى ان آراء الفقهاء والكتاب تباينت حيال طبيعة الملكية الخاصة وتوزعت على عدة اتجاهات ، وفي وسعي حصرها في اتجاهات رئيسة ثلاثة ، أتناولها بالبحث فيما يلي على التعاقب •

الاتجاه الاول ــ الملكية حق فردي مطلق :

يرى بعض فقهاء الفكر الفردى ان الملكية الخاصة حق مطلق ، وان المالك يتمتع بجميع السلطات على ما يملك وان تعسف في استعمال حقه أو أضر بمصالح الاخرين • فرأى (ديمولومب) ان الملكية الخاصة تضفي على المالك سلطة سيادة وتحكم كامل تجيز له اساءة استعمال ملكه او تركه يتلاشى او اتلافه وفق رغبته[1] • كما اعتقد بعض الفقهاء في فرنسا ان الملكية واقعة تاريخية ، ينبغي الحفاظ عليها ، وهي اسبق من القوانين التي تنظمها ، وانها اساس اكتمال شخصية الفرد ما دامت تشكل حافزا دائما على العمل ، وبدونها ينهار وجود الانسان[2] •

(١) راجع : د . ثروت انيس الاسيوطى ــ مبادىء القانون جـ ٢ ــ الحق ــ ص ١٦ .

(٢) أنظر : أحمد سلامة ــ الملكيه الفردية في القانون المصري ــ ط ١ ــ القاهرة ــ دار النهضة العربية ــ ١٩٧٠ ص ٦ .

ونادى الفقيه لوران بأن مالك الارض هو السيد المطلق الذى لا رادع لارادته فله ان يترك زراعتها او يضعف انتاجها ، وان لصاحب المال ان يختار وجوه انفاقه حسب هواه . فله انفاق امواله في العربدة والمجون وغيرها دون حسيب[3] .وقال بورتاليس احد واضعي التقنين المدني الفرنسي ان (للمواطن الحرية وللسلطان الامبراطورية)[4] ، تأكيدا للنزعة الفردية المطلقة .

وقد برر اصحاب هذه النزعة الفردية المقدسة لحق الملكية رأيهم بالقول ، انه بالرغم من ان حقوق الجماعه توجب على الاشخاص ان يحسنوا استعمال ما يملكون ، الا انه من الضرورى اعطاء المالك ولو من الناحية العملية في الاقل كما يقول ديمولومب ، سلطة استعمال ما يملك كما يشاء وان اساء الاستعمال، تأكيدا للصيغه المطلقة لحق الملكية ، لان كل قيد يرد على هذا الحق ستفوق مضاره مزاياه ، ولان الملكية الخاصة انشودة الحريه للطبقة المالكة ، ومن لا يملك شيئا لا حرية له[5] . وقد عبر الفيلسوف البريطاني سبنسر ، وهو من اصحاب النظريات الايجابية في تبرير الملكية ، عن ذلك بالقول ان الملكية ليست الا نتيجة لمبدأ التساوى في الحريه ، تؤيدها الوقائع المشاهدة في المجتمعات المطرية ، فهي حقيقة ايجابية يؤيدها الواقع[6] .

يتضح من ذلك ، ان اصحاب هذا الاتجاه انكروا القول ان الملكية وظيفة اجتماعية او ان لها وظيفه اجتماعيه ، لما في اى من هذين الرأيين من حد لحق الملكيه ولما يؤديان اليه من تحكم الدولة في ملك الافراد[7] . ذلك لان القول بأن الملكية وظيفة اجتماعيه يعني الغاء الملكية الخاصة والاعتراف بالملكية الجماعية دون غيرها ، ولان القول بأن للملكية وظيفه اجتماعية تقييد لاطلاقها.

الاتجاه الثاني ــ الملكية وظيفة اجتماعية

اذا كانت الملكيه الخاصة قد اعتبرت حقا مطلقا ومقدسا في بعض فترات

---

(3) راجع : د . ثروت الاسيوطي ــ المرجع السابق ــ ص ١٧ .
(4) د . ثروت الاسيوطي ــ المرجع السابق ــ ص ١٧ .
(5) د . ثروت الاسيوطي ــ مبادىء القانون ــ المرجع السابق ــ ص ١٧ .
(6) عبدالرحمن البزاز ــ مبادىء اصول القانون ــ بغداد ١٩٥٥ ص ٣٢٣ .
(7) أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ٨٠ .

التاريخ ، الا انها لم تكن كذلك في كثير من العهود • فقد اعتبر بعض الفقهاء والكتاب[8] ، الملكية وظيفة اجتماعية تمارس تحقيقا للمصلحة العامة ، لان الحائز يضطلع بحكم حيازته للمال برسالة اجتماعية يلتزم بادائها ، ويدخل تحت حماية القانون ما دام يحسن اداءها ، ويخرج عن هذه الحماية اذا قصر او اهمل ، كأن يترك الارض دون زراعة او الدار دون استعمال حتى تتهدم • ثم اضاف البعض قائلا : ان الملكية نظام وليست حقا وان الاعتراف بهذا النظام اقتضته غايات اجتماعية[9] [10] •

---

(٨) محمدعلى عرفه ـ الملكية في ظل الاسراكية العربيه ـ بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومه السنة السابعة العدد الثانى ١٩٦٣ ص ١١١ •
نفس المؤلف ـ سرح القانون المدني الجديد في حق الملكيه ـ ج ١ ط٢ مطبعة جامعة فؤاد الاول ١٩٥٢ ص ٢١٧ •
فؤاد الدهان ـ المضمون الاجتماعى للملكية ـ بحث منشور في مجلة الطليعه ـ السنة الثانيـة العدد الثامن اغسطس ١٩٦٦ ص ٥٢ / عبدالحليم الجندي ـ البحث السابق ـ ص ١٢٢ / حسن على الذنون ـ سرح القانون المدنى العراقى ـ ج ٣ ـ الحقوق العينية الاصليه ـ بغداد ـ ١٩٥٤ ص ٢٦/ سعدون حمادي ـ نحو اصلاح زراعى اشتراكى ـ ط ١ بيروت ـ دار الطليعة ـ ١٩٦٤ ص ١٠ •
عبدالوهاب مطر الداهري ـ اقتصاديات الاصلاح الزراعي ـ ط ١ بغداد ـ مطبعة العاني ١٩٧٠ ص ١٠٠ •
عبدالرزاق زبير ـ محاضرات في قانون الاصلاح الزراعى ـ المرجع ـ السابق ـ ص ٥ـ٦ •
زهدي يكن ـ الملكية والحقوق العينية الاصلية علما وعملا ـ ط ٢ ـ بيروت ١٩٦٢ ص ٣١ / محمد طه البشير ـ الحقوق العينية الاصلية ـ بغداد ١٩٧٤ ـ ١٩٧٥ (مسحوبة بالرونيو) ص ١٦ ـ ١٨ / سعيد عبدالكريم مبارك ـ سرح القانون المدنى العراقى ـ الحقوق العينية الاصلية ـ ط ١ بغداد ـ مطبعة الحكومة ـ ١٩٧٣ ص ٢٤ / حسين عامر ـ التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود ـ ط ١ القاهرة ـ مطبعة مصر ١٩٦٠ ص ٩٨ ـ ٩٩ •

(٩) زهدي يكن ـ سرح مفصل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقوله ـ ج ١ ـ ط ٢ بيروت ١٩٥٩ ص ١٧٢ ـ ١٧٣ •

(١٠) زهدى يكن ـ نطاق نظرية سوء استعمال الحق في حق الملكية ـ بحث ـ بمؤتمر اتحادالمحامين العرب الرابع ـ ببغداد ـ مطبعة مثنى العراب ـ دمشق ـ ١٩٥٨ ص ٥٣٨ •

ونسب بعض الفقهاء القول بان الملكية وظيفية اجتماعية الى القديس توما الاكويني ، وعن طريقه يمكن ارجاع الفكرة الى ارسطو(١١) • الا ان البعض الاخر منهم ، نسب هذا الرأى الى العميد ديجي Duguit وان جذوره العامة تمتد الى الفيلسوف الوضعي أوجست كونت(١٢) • فقد انكر Duguit وجود الحقوق الشخصية ، واحل محلها فكرة الوظيفة الاجتماعية ومفهوم المركز القانوني الذى تتولد عنه واجبات تسندها جزاءات ، واعتبر الملكية وظيفة اجتماعية تقتضي تخصيص الثروة لتحقيق غاية اجتماعية •

واذا كان ديجي Duguit قد انكر اعتبار الملكية حقا واستعاض عنها بفكرة الواجب او الوظيفة الاجتماعية تمارس على نحو يحقق التضامن الاجتماعي والتعايس بين الطبقات ، فانه رتب على ذلك حق الدولة في التدخل لحمل الشخص على القيام باعباء هذه الوظيفة اذا اهملها او تراخى في القيام بها، لانه لا يعدو ان يكون موظفا يلتزم بتحقيق النفع العام • ذلك لان الانسان يولد بلا حقوق وهو اعجز من ان ينسيء لنفسه حقا • فلا يثبت للفرد حق مستمد من شخصه من حيث انه انسان ، وانما يتقرر عليه واجب هو القيام بنصيبه في التضامن الاجتماعي الطبقي • وما له من حق هو الحق في القيام بواجبه تحقيقا للتضامن(١٣) • وقد استعان ديجي Duguit في آرائه بمفهوم

---

(١١) صلاح الدين الناهي — محاضرات عن القانون المدنى العراقى — حق الملكيه في ذاته — المرجع السابق — ص ١٦١ •

(١٢) ثروت الاسيوطي — مبادىء القانون — المرجع السابق — ص ٢١—٢٢
ثروت الاسيوطي — فلسفه القانون في ضوء التاريخ الاقتصادي والاجتماعي — الكتاب الثاني — بغداد — ١٩٧٥ ص ٨٨—٨٩ •
وانظر أيضا المراجع التي يشير اليها بالفرنسية •
السنهوري — ج ٨ — حق الملكية — ص ٥٤٤ هامش (١) •

(١٣) جميل الشرقاوي — دروس في اصول القانون — الكتاب الثانى — نظرية الحق — القاهره ١٩٦٦ ص ٧ / جميل الشرقاوي — دروس في اصول

التضامن الاجتماعي الذى وجده عند عالم الاجتماع دوركايم(١٤) •

لقد حلل ديجي Duguit الملكية باعتبارها وظيفة اجتماعية الى عنصرين•

اولهما ، واجب المالك وسلطته في استعمال السيء الذى في حيازته لاشباع حاجاته الشخصية المادية والمعنوية • وثانيهما ، واجب المالك وسلطته في استعمال الشيء الذى في حيازته للوفاء بحاجات الجماعة والاسهام في تقدم المجتمع •

يتضح مما تقدم ان اصحاب هذا الاتجاه رأوا ان الملكية الخاصة وظيفة اجتماعية ، وان على كل فرد التصرف في ملكه بالطريقة التي تحقق الغايات الاجتماعية ، وان للمجتمع منعه من كل تصرف لا يتفق ورسالة الملكية ، وللمتجمع كذلك استملاك اى جزء من املاك الشخص اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، وللمجتمع ايضا معاودة النظر في امر الملكية الخاصة اذا استعملت على نحو يلحق الضرر بالمصلحة العامة او تمسك بها صاحبها ضد تدخل المجتمع اذا اقتضى النفع العام هذا التدخل، لسلبها من يد صاحبها او الغائها والاستعاضة

القانون ــ المدخل لدراسة القانون ــ القاهرة ــ دار النهضة العربية ــ ١٩٧١ ص ٢٢٥ •

السنهوري ــ ج ٨ ــ حق الملكيه ــ المرجع السابق ــ ص ٥٤٤ هامش (١) / فتحى الدرني ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠ •

عبدالنبى مكو ــ حق الملكيه لدى كثير من قوانين العالم ــ البحث السابق ــ ص ٥٣٣ / نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ص ٩٧ ــ ٩٨ / أحمد زكى يمانى ــ البحث السابق ــ ص ٢٠-٢١/ عبدالحليم الجندي ــ البحث السابق ــ ص ١٢٢ •

محمدعلي عرفة ــ شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية ــ ج ١ ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٩ ــ ٢٠٠ / شاكر ناصر حيدر ــ الموجز في الحقوق العينية الاصلية ــ بغداد مطبعه أسعد ــ ١٩٧١ ص ٦٨-٦٩/ هشام القاسم ــ المدخل الى علم الحقوق ــ دمشق ــ مطبعة الانشاء ١٩٦٥ ص ٦٦ / سليمان مرقس ــ محاضرات في فلسفة القانون ــ (مسحوبه بالرونيو) بغداد ١٩٦٩ ص ١٧٩ •

حسن الذنون ــ الحقوق العينية الاصلية ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦ •

(١٤) ثروت انيس الاسيوطى ــ فلسفة القانون في ضوء التاريخ الاقتصادي والاجتماعي ــ المرجع السابق ــ ص ٩٠ •

عنها بصورة اخرى للملكية • لأن الملكية ليست حقا ، وانما يتحدد نطاقها وترسم آثارها ويرتهن وجودها بمدى قيامها بوظيفتها الاجتماعية •

الاتجاه الثالث ـ الملكية حق له وظيفة اجتماعية •

يذهب كثير من الفقهاء والشراح[١٥] الى القول ان الملكية الخاصة ليست

---

(١٥) السنهوري ـ الوسيط في سرح القانون المدني جـ ٨ ـ المرجع السابق ص ٤٨٩ ، ص ٥٤٨ـ٥٤٩ ، ص ٥٥٣ ـ ٥٥٥ ، ص ٥٦٢ وما بعدها/ نفس المؤلف ـ القانون المدني العربى ـ بحث مستهل من مجلة القضاء العراقية العدد الاول والناني لسنة ١٩٦٢ بغداد ١٩٦٥ ص ١٨ •

نفس المؤلف ـ الوسيط في سرح القانون المدنى جـ ١ مصادر الالتزام ط ٢ دار النهضة العربيه القاهره ١٩٦٤ ص ١١١ـ١١٢ / فتحي الدرنى ـ المرجع السابق ـ ص ٢١٧ •

مصطفى الجمال ـ نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن ـ المرجع السابق ص ١٧ / محمد كامل مرسى ـ شرح القانون المدني الجديد ، جـ ١ الحقوق العينية الاصلية ط ٢ القاهرة ١٩٥١ ص ٢٦٥ ـ ٢٦٦/ نزيه محمد الصادق ـ المرجع السابق ص ٦٦٧ / محمود المظفر ـ احياء الاراضى الموات ـ المرجع السابق ص ٣٧/ حامد مصطفى ـ الملكية العقارية في العراق ـ المرجع السابق ص ٤٨ •

عبود عبداللطيف البلداوي ـ القيود الوارده على حق الملكية بسبب الجوار ـ بحث منشور في مجلة القضاء السنة ٢٩ العددان الاول والثانى ١٩٧٤ ص ٤٦ •

نفس المؤلف ـ دراسة في الحقوق العينية الاصليه ـ جـ ١ مطبعة المعارف بغداد ١٩٧٥ ص ١٦٨ وص ١٧٧ •

احمد سلامة ـ الملكية الفردية في القانون المصري ـ المرجع السابق ص ٧٨ وما بعدها / عبدالحى حجازي ـ المدخل لدراسة العلوم القانونية جـ ١ القانون مطبوعات جامعة الكوىت ١٩٧٢ ص ٥٢ / نفس المؤلف ـ الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ـ بحث منشور فيالقانون والعلوم السياسية ـ الحلقة الدراسية التانية ـ المنعقدة في الكويت عام ١٩٦٥ المجلس الاعلى لرعاية الفنون والاداب والعلوم الاجتماعية ـ القاهرة ١٩٦٧ ص ٢٧٤ / محمد وحيدالدين سوار ـ سرح القانون المدني ـ الحقوق العينية جـ ١ الحقوق العينية الاصلية مطابع الف باء الادىب دمشق ١٩٦٩ ص ٢١ـ٢٢ •

كاتزاروف ـ نظرية التأميم ـ المرجع السابق ـ ص ١٦٦ـ١٦٨، ٣٠٦ •

حقا مطلقا ولا مجرد وظيفة اجتماعية ، وانما هي حق خاص له وظيفة اجتماعية.
وقد ميزوا بين دور صاحب الوظيفه وبين دور المالك . فقالوا ان الاول يمارس سلطاته لمصلحة المجتمع اولا ومن ثم لحسابه ، بخلاف الثاني الـذى يباشـر سلطاته لمصلحته اولا ومن ثم لحساب المجتمع . ورأوا ان حق الملكية اذا كان حقا ذاتيا فان استعماله لابد ان يكون اجتماعيا ، لان الانسان كائن اجتماعي بطبعه لا يمكن ان يعيش بمعزل عن افراد المجتمع ، ولكي يحيا حياة اجتماعية لابد من تنازله عـن بعض حقوقه تحقيقا للتضامن بين افـراد المجتمع وأقروا ما للمالك من حق في استعمال ملكه بما يشبع حاجاته الخاصة في التملـك ، ولكنهم فرضوا على المالك واجب حفظ حقوق الغير واشباع حاجات الجماعة.

لقد رأى اصحاب هذا الاتجاه ، ان بين الفرد وبين الجماعة التي يعيش فيها حسابا جاريا ، فكما ان له ان يأخذ منها يجب عليه ان يسدد دينها عليـه ويوفي بحقوقها قبله . وفي ذلك يقول الاستاذ السنهورى (على ان المالك ، اذا كان قد كسب ملكه بعمله كما سبق القول ، فهو مدين للمجتمع بما كسب ، فليس عمله وحده هو الذى اكسبه الملك ، بل ان المجتمع سـاهم مسـاهمة ملحوظه في جهود المالك على نفس مستوى مساهمة الاسرة او لعلها تزيد ، فاذا كانت مساهمة الاسرة هى احدى مبررات الميراث ، فلا شك في ان مساهمة المجتمع تبرر هي الاخرى ان تكون للملكية وظيفة اجتماعية)[16] .

محمدعلي حنبوله ــ الوظيفة الاجتماعيه للملكية الخاصه ــ المرجع السـابق ص ٤٦٣ .

عدنان الفوتلي ــ الوجيز في الحقوق المدنيه جـ ١ ــ مطبعة جامعة دمشـق ١٩٦٠ ص ٣٣٨ .

حسن كيره ــ اصول القانون المدنى ــ جـ ١ ــ الحقوق العينيـة الاصلية المرجع السـابق ــ هامش ص ١٧٦ ــ ١٧٧ .

ساكر ناصر حيدر ــ الموجز في الحقوق العينية الاصلية المرجـع السـابق ــ ص ٧١ .

جميل الشرقاوي ــ الحقوق العينية الاصلية ــ المرجع السـابق ص ٢٣ .

(١٦) السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدني ــ جـ ٨ ــ حق الملكية ــ المرجع السـابق ــ ص ٥٥٤ .

والواقع ، ان هذا الاتجاه يمثل اتجاها وسطا موفقا بين الاتجاهين السابقين • وقد زعم اصحابه انهم تلقفوا محاسنهما وتجنبوا مساوئهما بالتوفيق بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة وبربط استعمال الحقوق بغاياتها الاجتماعية والاقتصادية ، والا عد صاحبها متعسفا في استعمال حقه • ذلك لان الملكية لم تعد حقا مطلقا وانما هي من مظاهر الحرية التي اصبحت نسبية • وفي ذلك يقول (فولتير) (ان الحق الذى يتمادى فيه صاحبه ينقلب الى ظلم)[١٧] • كما قال بعض الفقهاء ان الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية لا تقتصر على حق الملكية بل تمتد الى العقود ، حيث يلتزم المالك بنقل مايفيض عن حاجته الى الاخرين من طريقها ، كي لا يحتكر الفائض وانما يعمل بهذا النقل على استثماره[١٨] •

والحق ، انه مهما تباينت الاراء وتعددت بشأن الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ، فانه يمكن القول ان كثيرا من التشريعات الوضعية لم تستطع اغفال النص على تنظيمها ، سواء في الدساتير او في القوانين الاخرى ، على نحو تضمن به الحقوق الفردية والجماعية معا ، وبالشكل الذى تبيناه •

واذا كان الاتجاه الاول في رأى كثير من المفكرين ، قد دفع الملكية الخاصة الى مقام التقديس وجعل منها حقا مطلقا ، واتضحت هذه النزعة الفردية في اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر عام ١٧٩١ وفي اعلان حقوق الانسان عام ١٩٤٨ ، الا انه اغفل جانبا مهما في حياة البشرية وهي غريزة الاجتماع التي تدفع الانسان الى العيش في ظل الجماعة والتي تتطلب التنازل عن بعض سلطاته وحقوقه ، بفرض القيود القانونية والارادية عليها تحقيقا للتضامن الاجتماعي وتأكيدا لحق الانسان والمجتمع معا •

واذا كان الاتجاه الثاني في رأى كثير من الفقهاء ، قد مثل احد ردود الفعل للاتجاه الاول القائم على تقديس الفرد واحترام سلطان الارادة ، فجعل الملكية

---

(١٧) ثروت الاسيوطي — مبادىء القانون — المرجع السابق — ص ٢٧—٢٨ •

(١٨) صلاح الدين الناهي — حق الملكية في ذاته — المرجع السابق — ص١٦٢ • وانظر : الاستاذ الاسيوطي — المرجع السابق — ص ٤٧ •

وظيفة اجتماعية يمارسها الحائز تحقيقا للمصلحة العليا للجماعة ، وافر غريزة التعايش الاجتماعي الا انه اغفل التصوير الصحيح لحاجته في التملك .

ولذلك ، قيل ان كلا من هذين الاتجاهين اصاب جزءا من الحقيقة . ذلك لان الطبيعة الانسانية تمثل مجموعة غرائز بسربة ينبغي التوفيق بينها على نحو سليم ، دون التضحية باحداها في سبيل الاخرى ، وان الاعتراف بحق الفرد فيما يملك ، مع وضع القيود القانونية والارادية على ملكيته وتوجيه نشاطه وجهة اجتماعية تعلو فيها مصلحة الجماعة على مصلحته الذاتية أفضل بكثير من تقديسها او الغائها . وان هذا الرأى في نظر انصاره يؤيده العلم والحقيقة ، لان غريزة التعايش وغريزة التملك عنصران متلازمان لا يمكن فصلهما . ان هذا الاتجاه الثالث الذى ذهب الى ان الملكية حق ذاتي وان لها وظيفة اجتماعية يسوق لدعم رأيه الملاحظات التالية :ــ

أولا ــ ان الانسان مجبول بطبيعته على حب الاستئثار والاحتياز تعبيرا عن غريزة التملك . فهو لكي يعيش لابد ان يأكل ويسرب ويلبس ويسكن في مأوى . واذا كان الانسان لا ينفصم عن المجتمع فان الملكية الخاصة لا تنفصم عن الحياة . ومن المتعذر ، تصور وجود مجتمع انساني يتجرد افراده من غريزتي التملك والتعايش .

ثانيا ــ ان الغريزتين تنبعان عن ضرورة بقاء النوع الانساني ، وتتحقق اولاهما بالرغبة الفطرية في الاستئثار او الاستعمال الذاتي لبعض الاشياء كالضروريات . اما غريزة التعايش ، فعلى اساسها وجد القانون وتطور لانه وليد الحياة الاجتماعية، وهي جبلة في الطبيعة البشرية. وقد تجسدت الغريزة الاولى في صورة الملكية وبدت الثانية في العصر الحديث في صورة الدولة[19] .

ويضيف الاستاذ كاتزاروف الى ذلك قائلا « ان هاتين الغريزتين الملازمتين

---

(١٩) كاتزاروف ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠ ــ ٣٢ .

لطبيعة الانسان ... تحملان بذرة التناقض بينهما منذ اللحظة التي ينشأ فيها مجتمع انساني منظم مهما كان حظه من التنظيم »[٢٠] .

ومن هنا فان هذا التناقض ينبغي حله حلا وسطا متوازنا على نحو يوفق بين غرائز الانسان . وبكون الاعتراف بالملكية الذاتية مع تقييد المالك بوجوب اداء وظيفتها الاجتماعية خير حل يمكن ان يقدم لتسوية هذا التناقض ، خاصة وان الملكية الذاتية هي ثمرة العمل واقوى حافز عليه ، وهي خير ضمان للاستقلال الشخصي ، وليس للدولة ان تلغي الملكية الذاتية وانما عليها ان تجعلها في متناول كل من يبذل جهده بالعمل[٢١] .

ان اغلب الدساتير في العالم ، ومنها وثائق حقوق الانسان ، أكدت حرية الانسان في العمل وحقه فيه وانه شرف له ولذلك يكون طبيعيا ان يملك ثمرة اتعابه . وفي ذلك يقول الاستاذ السنهوري :

« هذا الكسب الذي جناه الفرد ثمرة لعمله هو ملك لــه ، وينبغي ان يستأثر به دون غيره ، فقد كسبه بعرق جبينه وبكده . ولا يوجد كسب حلال ككسب العمل ، ولا حافز على العمل أفضل من الكسب الحلال . واذا قلنــا ان من حق الفرد ان يستأثر بكسب عمله ، فقد اثبتنا له حق ملكية فردية على هذا الكسب »[٢٢] .

كما ان الدستور العراقي المؤقت الصادر في ١٩/٧/١٩٧٠ نص في المادة ٣٢ منه على اعتبار العمل حقا من حقوق المواطن تكفل الدولة توفيره لكل قادر عليه لكونه شرفا وواجبا مقدسا تستلزمه ضرورة المشــاركة في بنــاء المجتمع وحمايته وتطويره وازدهاره[٢٣] .

ويخلص اصحاب هذا الاتجاه مما تقدم الى القول ، ان هــذا التطــور الاجتماعي لحق الملكية يمثل نزعة اجتماعية حديثة بدأت تنفذ الى صميم النظم

---

(٢٠) كاتزاروف ــ نظرية التأميم ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣ .
(٢١) السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدني ج ٨ حق الملكية المرجع السابق ص ٥٥٢ ــ ٥٥٣ .
(٢٢) السنهوري ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨٠ .
(٢٣) وانظر أيضا م١٧ من الدستور العراقي المؤقت الصادر في ٢٩ــ٤ــ١٩٦٤

الاجتماعية والاقتصادية ، وتعد احدى برامج الاحزاب السياسية(٢٤) • وهي نزعة نتمثل بتغليب حقوق الكل على الجزء ومصلحة الجماعة على مصلحة الفرد تغليبا اضحى قاعدة في العصر الحديث ، وتتحقق في صورة تدخل الدولة في الحياة الاجتماعية والاقتصاديه على اعتبار ان هذا التدخل هو الاصل وعـدم تدخلها هو الاستثناء في معظم الدول التي تهدف الى بناء المجتمع الاشتراكي •

ان الافتصاد الموجه الذى يبغي تحقيق النفع العام قد اثبت فاعليته في القضاء على اشكال الاستغلال • واذا كانت الملكية الخاصة ليست بذاتها شرا ، الا ان الشر كل الشر ينجم عن سوء استعمالها وضعف رقابة الدولة عليها • وما وظيفة القانون في المجتمع الاشتراكي الا حماية الحقوق والحريات الفردية للانسان بما يحقق مصلحة الجماعة •

ان مما يجب عليّ ، بعد ان اتضحت مختلف الاتجاهات من الملكيـــة الخاصة ، بيان اتجاه المسرع العراقي في كل من تقنينه المدني والقوانين الاخرى •

المطلب الثـاني

تعريف حق الملكية في القانون العراقي

لقد اقتبس مشرع القانون المدني العراقي احكامه من كل من الفقـه الاسلامي والقوانين الغربية الحديثة وحاول الموازنة بينهما بقدر متساوٍ في الكم والكيف(٢٥) • الا ان محاولة المشرع العراقي لم يكتب لها النجاح في

---

(٢٤) انظر : التفرير السياسى للمؤتمر الفطري النامن لحزب البعث العربي الاشتراكى المنعقد ببغداد من ٨ــ١٢ كانون الثانى ط ٢ مطابـــع دار الثورة بغداد ١٩٧٤ ص ٦٦ وما بعدها ، ص ١١٤ وما بعدها / وانظر سياسة الحزب الاقتصادية في دستور حزب البعث العربي الاشتراكي المواد من ٢٦ــ٣٧ نضال البعث ــ جـ ١ ــ ط ١ منشورات دار الطليعة بيروت ١٩٦٣ ص ١٧٧ ــ ١٧٨ •

(٢٥) السنهوري ــ الفانون المدني العربي ــ البحث السابق ــ ص ٢٢ •

كثير من الاحيان • فقد ادت الى ايراد نصوص متعارضة في المسألة الواحدة • ولعل السبب في ذلك يرجع الى اختلاف طبيعة المصدرين وصياغتهما الفنية[٢٦]•

وحيث ان الافكار الاقتصاديه السائدة في بلد معين تؤثر جوهريا في مضمون حق الملكيه ، ان لم يكن على فكرتها في حد ذاتها[٢٧] ، فان القانون المدني العراقي كأى قانون آخر ليس الا بناء فوقيا يعتمد على قاعدة اقتصادية واجتماعية ، واذا تغيرت القاعدة كان لابد للقانون من ان يتغير[٢٨] •

لقد عالج المشرع المدني العراقي البحث في حق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق عينية اصلية في الكتاب الثالث من القسم الثاني من القانون المدني• فعرف فيه حق الملكية وبين نطاقه ووسائل الحماية اللازمة له ، كما أوضح الملكية السائعه ، واسباب كسب الملكية • ثم انتقل الى بيان الحقوق المتفرعة عن حق الملكية فافرد لها الباب الثاني من الكتاب الثالث •

والواقع ان الحقوق العينية الاصلية التي وردت على سبيل الحصر في المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي ، ترجع كلها الى حق الملكية ، وعنه تتفرع باقي الحقوق كحق الحكر والمساطحة والارتفاع وغيرها • وقد عرف المشرع العراقي حق الملكية في المادة (١٠٤٨) من القانون المدني بانه : « الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة »[٢٩] •

ان المشرع العراقي حاول ، قبل ان يستقر على وضع النص المذكور ،

---

(٢٦) سعدون العامري ــ مقابلة صحفية نشرت في جريدة التآخى عدد ١٦٩٥ في ٢٢ــ٨ــ١٩٧٤ ص ٦ •

(٢٧) أحمد سلامة ــ الملكية الفرديه في القانون المصري ــ المرجع السابق ــ ص ٥ •

(٢٨) العامري ــ المقابلة المشار اليها ــ ص ٦ •

(٢٩) نقل المشرع العراقي نص الماده ١٠٤٨ عن المادة ١١ من كتاب مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان ــ لمحمد قدري باشا ط ٢ ــ مطبعة بولاق المصريه ١٣٠٨هـ ، نقلا حرفيا •

ايراد تعريف المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في مادته ١١٦٢ ، مع تعديل في صياغته • ففد ورد في المادة الاولى من الكتاب الاول الذى افرد للحقوق العينية الاصلية من مشروع القانون المدني العراقي ما يلي : « لمالك السيء حق الاستعمال والاتتفاع به استقلالا في حدود القانون بشرط ان يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية »[٣٠] •

ان عبارة (الوظيفه الاجتماعية) تعبير حاول الاستاذ السنهورى اقحامه في مشروع القانون المدني المصرى ، بقوله دفاعا عنه « بأن هذه الصفة هي المتغلبة في التقنينات الجديدة وهي التي تمثل النزعة الحديثة في تطور حق الملكية فليس هذا الحق مطلقا لاحد له بل هو وظيفة اجتماعية يطلب الى المالك القيام بها ويحميه القانون ما دام يفعل • اما اذا خرج عن هذه الحدود فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته »[٣١] • وذلك في معرض رده على رئيس لجنة المشروع الذى اعترض عليها لكونها فد اسكلت بالايضاحات الفقهية وان في التطبيقات التي اوردها المسرع في النصوص ما يغني عنها[٣٢] • ولكن الاستاذ السنهوري لم يوفق في ابقاء العبارة في التقنين المدني المصري ، كما انه لم يفلح في ادراجها في التقنين المدني العراقي •

ان تعريف المشرع العراقي لحق الملكية في المادة (١٠٤٨) ترد عليه المآخذ الاتيـة :

أولا ــ انه نقل حرفيا نص المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العرافي من

---

(٣٠) مشروع العانونى المدنى العراقى كما اقرته لجنة الدكتور عبدالرزاق السنهوري ــوزارة العدل ــ الفسم الناني ــ الحقوق العينية الاصلية (مسحوب بالرونيو) ١٩٤٣ ص ١ / وانظر نص المادة ١١٦٢ من المشروع التمهيدي للفانون المدني المصري ــ مجموعة الاعمال التحضيرية ــ ج ٦ ــ الحقوق العينية الاصلية ــ مطبعة دار الكتاب العربي ــ الفاهره بدون سنة نشر ــ ص ١٣ .

(٣١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ــ ج ٦ ــ المرجع السابق ص ١٤ .

(٣٢) تفاصيل هذه المناقشات : ــ
مجموعة الاعمال التحضيرية للفانون المدنى المصري ــ ج ٦ ــ المرجع السابق ــ ص ١٥ ــ ١٦ .

المادة (١١) من مرشد الحيران المتأثر بالفقه الحنفي ذى الطابع الفردى ، وتجاهل في تعريفه ما ينبغي ان تمارسه الملكية من وظيفة اجتماعية •

والحق ، ان في النص على الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة تلبية لمطلبات النزعة الاجتماعية التي ادت الى اعادة النظر في مفهوم الحقوق والحريات ومنها حق الملكية الذى تأثر بهذه النزعة تأثرا تبدو مظاهره في القيود التي فرضت على سلطات المالك •

كما ان المشرع العراقي خلع على حق الملكية في تعريفه الصفة المطلقة ، وهي صفة نبذتها التقنينات الحديثة لانها لم تعد تنسجم مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي جدت في كثير من الدول ولا تساير واقع تطور حق الملكية •

هذا فضلا عن ان في ذكر المشرع العراقي عبارة (الملك التام) ما يوحي للقاريء انه قد أخذ في تقنينه بالتفرقة بين الملك التام والملك الناقص • والواقع ، انه نقل التسمية من كتب الشريعة الاسلامية التي تفرق بينهما ، وهو في تقنينه لم يميز بينهما •

ثانيا — ان النص على الوظيفة الاجتماعية للملكية الذى خلا منه القانون المدني العراقي يفرض من التكاليف والواجبات على سلطات المالك ما يوجه ارادة المالك وجهة اجتماعية تؤكد الحق الجماعي ويحمله على السلوك في تصرفاته سلوكا سويا ينسجم مع المصلحة العامة • كما ان النص عليها ليس من قبيل الايضاحات الفكرية والاتجاهات الفلسفية ، وانما هو امر يمس جوهر حق الملكية(٣٣) •

ولذلك ، فاني لا اوافق محكمة التمييز الموقرة في قرارها المرقم ٤٥٥/مدنية ثالثة/١٩٧٢ والمؤرخ في ١١/٩/١٩٧٢ الذى ذهبت فيه الى ان

---

(٣٣) من هذا الاتجاه انظر : — نزيه محمد الصادق — المرجع السابق — ص ٦٥٤ •

الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفا مطلقا بجميع التصرفات الجائـزة[٣٤] .

ثالثا ـ ان تطورات الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لا يمكن تلبيتها بدون تطعيم القانون المدني بعبارات عامة مرنة مثل النظام العام ، والمصلحه العامة ، ومبدأ حسن النية ، والعداله ، والوظيفة الاجتماعية . لانها تمثل اوكسجين الحياة في وجود القانون ، ولانها تجعل القانون معبرا عن ظروف الحياة وقيمتها . وعن طريق هذه العبارات يمكن مسايرة ما يجد في المجتمع من وقائع وظروف جديدة ، ويتسنى تقييد حرية الملاك والدائنين وارباب العمل على نحو يبرز الجانب الاجتماعي ، وتنفذ به الى نطاق القانون الاتجاهات الاجتماعية والاقتصادية[٣٥] .

رابعا ـ لقد اقتصر المشرع العراقي في تعريفه حق الملكية في المادة (١٠٤٨) على بيان عناصره دون ان يبين طبيعته وماهيته[٣٦] . وهو اغفال يؤاخذ عليه . فكان ينبغي عليه ان يورد تعريفا جامعا مانعا له ، يحدد فيه طبيعته على نحو يبرز فيه منزلة المصلحة العامة والعدالة الاجتماعية .

واذا كان المشرع العراقي قد اغفل النص على ما للملكية من وظيفة اجتماعية في تقنينه المدني ، وتخلف عن مسايرة الاوضاع الاجتماعية والاقتصادية الجديدة ، فانه تلافى قصوره في عام ١٩٥٨ بالنص عليها في دستور ٢٧ تموز المؤقت بقوله في مادته الثالثة عشرة بأن « الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون اداء وظيفتها الاجتماعية » ، ثم انتقلت هذه الصياغة الى الدساتير اللاحقة ، كالدستور العراقي المؤقت الصادر في ٢٩/ نيسان ١٩٦٤

---

(٣٤) النشرة القضائية ـ العدد الثالث ـ السنة الثالثة تشرين الاول ١٩٧٤ ص ٧٠ .

(٣٥) عبدالحي حجازي ـ الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ـ البحث السابق ـ ص ٢٧٩ .

(٣٦) محمد طه البشير ـ الحقوق العينية الاصلية ـ المرجع السابق ـ ص ١٦ـ١٧ / عبود البلداوي ـ دراسة في الحقوق العينية الاصلية ـ المرجع السابق ـ ص ١٦٨ .

في المادة ١٢ منه ، وكالدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٦٨ في المـادة ١/١٧ منه ، حتى استقرت في الدستور المؤقت الحالي الذى صدر في ١٩ تموز من عام ١٩٧٠ الذى نص في مادته السادسة عشرة على ما يلي :ـ

« أ ـ الملكية وظيفة اجتماعية تمارس في حدود اهداف المجتمع ومناهج الدولة ، وفقا لاحكام القانون • ب ـ الملكية الخاصة والحرية الاقتصاديـة الفردية مكفولتان في حدود القانون وعلى اساس عدم استثمارها فيما يتعارض او يضر بالتخطيط الاقتصادى العام ••• »[٣٧] •

ويلاحظ ان المقصود بما ورد في الفقرة الاولى من المادة ١٦ من الدستور القائم المؤقت من ان (الملكية وظيفة اجتماعية) ، ليس الاخذ بفكرة متطرفة ، وانما الاعتراف بحق الفرد وبحق المجتمع معا • وقد اراد المشرع بهذا النص ابراز فكرة الوظيفة الاجتماعية وتقديم المصلحة العامة على النفع الذاتي[٣٨] •

---

(٣٧) لم ستفر الحياة الدستوريه في العراق طيلة نصف قرن من الزمـان فقد صدرت سبع دساتير خلال هذه الفتره هي :ـ

أ ـ القانون الاساسى العراقى الصادر في ١٩٢٥/٣/٢١ وقد عدل مرتين أولاهما في ١٩٢٥/٧/٢٩ وثانيتهما في ٢٧/تشرين الاول/١٩٤٣ وقد اسم بالنزعة الفردية الواضحة •

ب ـ دستور ٢٧ / تموز ١٩٥٨ •

جـ ـ دستور ١٩٦٣/٤/٤ نشـر بالوقائـع العراقيـة عـدد ٧٩٧ في ١٩٦٣/٤/٢٥ •

د ـ دستور ١٩٦٤/٤/٢٢ نشر بالوقائـع العراقيـة عـدد ٨٩٢ في ١٥ / كانون الاول ١٩٦٣ •

هـ ـ دستور ١٩٦٤/٤/٢٩ •

و ـ دستور ٢١ / ايلول / ١٩٦٨ •

ز ـ دستور ١٩ / تموز / ١٩٧٠ المنشـور بالوقائـع العراقية عـدد ١٩٠٠ •

(٣٨) وردت هذه الصيغة في قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ الصادر في ١٠ـ٥ـ١٩٧١ الا ان المقصود من ان الحقوق وظيفة اجتماعية حسبما ورد بالمذكرة التفسيرية هو الاعتراف بالحق الذاتي والحـق الاجتماعى معا •

فقد نصت الفقرة (ب) صراحة على كفالة الملكية الخاصة والحرية الاقتصادية الفردية فيما يساير التخطيط الاقتصادى العام • كما اعتبرت الدساتير العراقية المؤقتة الارث من وسائل التملك المشروعة للافراد ، الامر الذى يؤكد ان الملكية وفق احكام الدستور حق له وظيفة اجتماعية[٣٩] •

ومع ذلك ، فان النص في الدساتير العراقية المؤقتة على الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة لا يغني عن ايراد هذه الصيغة في نص خاص في القانون المدني العراقي[٤٠] ، لا سيما وان نص المادة (١٠٤٨) اضحى بحكم الملغى من الناحية العملية • وذلك بمقتضى مبدأ تدرج التشريع الذى يوجب موافقة التشريع الادنى للتشريع الاعلى ، اى مسايرة القانون المدني لاحكام الدستور ، وهو الدستور العراقي المؤقت الصادر سنة ١٩٧٠ بما اورده في مادته السادسة عشرة •

---

(٣٩) انظر النصوص :
١٣ و١٤ من الدستور المؤقت لعام ١٩٥٨ .
٧ ــ١٣ من الدستور المؤقت الصادر في ٢٩ــ٤ــ١٩٦٤ .
١٧ــ١٨ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٨ .
١٦ــ١٨ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٧٠ .
لقد نصت المادة الرابعة والثلاثون من الدستور الذي اقره المؤتمر القومي الاول لحزب البعث العربي الاشتراكى ــ نيسان ١٩٤٧ ــ ان « التملك والارث حقان طبيعيان ومصونان في حدود المصلحة القومية».
حول سياسة التحول الاشتراكي لحزب البعث العربى الاشتراكى ــ بيروت دار الطليعة ــ ط ١ ، ١٩٧٣ ، ص ٦ .

(٤٠) لم تنص الدساتير العراقية على وظيفه الملكيه الخاصه الاجتماعية ، كما هو الحال بالنسبة للقانون الاساسى العراقى لسنة ١٩٢٥ وكذلك دستور ٤ــ٤ــ١٩٦٣ ودستور ٢٢ــ٤ــ١٩٦٤ .

المطلب الثالث

خصائص حق الملكية

يرى الفقه التقليدى ان الملكية الخاصة تتميز بكونها حقا عينيا جامعا مانعا ، وانها حق دائم • الا ان الاتجاه الحديث يعارض التسليم بهذه الخصائص لحق الملكية • وسأعرض فيما يلي الى بيان هذه الخصائص وما استقرت عليه في وقتنا الحاضر •

أولا ــ الملكية حق عيني :

يعد حق الملكية اوسع الحقوق العينية الاصلية نطاقا(٤١) • والحقوق العينية اصلية كانت ام تبعية ، وردت في التقنين المدني العراقي على سبيل الحصر(٤٢) • ويراد بالحق العيني كما جاء في الفقرة الاولى من المادة ١٦٧ (سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لسخص معين) • الا ان التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي عليها كثير من المآخذ لن يفسح المجال هنا لذكرها •

---

(٤١) السنهوري ــ الوسيط في شرح الفانون المدنى ــ ج ٨ حق الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ٤٧٩ / عبدالمنعم الصده ــ حق الملكية ــ ط ٣ المرجع السابق ص ٦/ محمد كامل مرسي ــ سرح الفانون المدني الجديد ــ الباب التمهيدي ــ المطبعة العالمية ــ الفاهرة ١٩٥٤ ص١٤٥.

(٤٢) نص الفانون المدنى العراقي في المادة ٦٨ الحقوق العينية الاصلية والنبعية على سبيل الحصر حيث ورد :

« ١ ــ الحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجارة الطويلة .

٢ ــ والحقوق العينية التبعية هى حق الرهن التأمينى وحقالرهن الحيازي وحقوق الامتياز » .

الا ان هناك من يرى بان الحقوق العينية وردت على سبيل المثال لا الحصر في الفانون . / عبدالمنعم الصده ــ حق الملكية ــ المرجع السابق ــ هامش ص ٩ .

ثانيا ــ الملكية ليست حقا مطلقا

يذهب قلة من الشراح الى ان الملكية حق مطلق لانه يحتج به في مواجهة الكافة اولا ، ولان لمالك الشيء استعماله كما يساء وان يتصرف فيه كما يريد ثانيا[٤٣] . الا ان اغلب الفقهاء والشراح[٤٤] يرون ان الملكية ليست حقا مطلقا وان هذه الصيغة قد انحدرت الى النصوص القانونية من عهد كانت النزعة الفردية هي السائدة في المجتمع ، وهي نزعة اخذت تنكمش الان وتتراجع امام التيارات الاجتماعية التي جعلت للملكية وظيفة اجتماعية تمارس تحقيقا للصالح العام في الهيئة الاجتماعية على نحو ما تقدمت الاشارة اليه .

---

(٤٣) علي علي سليمان ــ شرح القانون المدني الليبي ــ دار صادر ــ بيروت ١٩٦٩ ص ٣٠ ــ ٣١ / سيد حسن امامى ــ الحقوق المدنية ــ ج ١ ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢ .

(٤٤) السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدني ــ ج ٨ المرجع السابق ص ٤٨٩ ، ٤٩٣ ، ٥٤٩ ، ٥٥٣ / فتحى الدرينى ــ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ــ المرجع السابق ص ٢١٧ / مصطفى الجمال ــ نظام الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ١٧ / محمد كامل مرسى ــ الحقوق العينية الاصلية ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦٥ ــ ٢٦٦ / نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٦٦٧ / البكري ــ المرجع السابق ــ ص ٧١٦ / محمود المظفر ــ احياء الاراضى الموات ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧ / حامد مصطفى ــ الملكية العقارية في العراق ــ المرجع السابق ــ ص ٤٨ .

عبود البلداوي ــ القيود الواردة على حق الملكية بسبب الجوار ــ البحث السابق ــ ص ٤٦ / احمد سلامة ــ الملكية الفرديه في القانون المصرى ــ المرجع السابق ــ ص ٧٨ ــ ٧٩ .

عبدالحى حجازي ــ البحث السابق ــ ص ٢٧٣ وما بعدها .

محمد وحيدالدين سوار ــ المرجع السابق ــ ص ٢١ــ٢٢ .

كاتزاروف ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٦ــ١٦٨ .

محمدعلى حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦٣ .

عدنان القوتلي ــ الوجيز في الحقوق المدنية ــ ج ١ ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣٨ / حسن كيره ــ اصول القانون المدنى ــ ج ١ الحقوق العينية الاصلية ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٦ ــ ١٧٧ / عبدالعزيز عامر ــ دروس في حق الملكه ــ دار النهضة العربية ــ القاهرة ١٩٦٧ ص ١٨ .

ثالثا ـ الجمع والمنع ليسا من جوهر حق الملكية :

يرى بعض الفقهاء والسراح[٤٥] ان الملكية حق جامع ، لان المالك يمارس حقوقه وسلطاته على السيء المملوك على نحو يجمع فيه كل المميزات اللازمة لذلك ، ما لم يوجد قيد يفرضه القانون او تشترطه الارادة . ذلك لان الاصل ان سلطات المالك على السيء المملوك تكون تامة ، وانها لا تبدو ناقصة الا على سبيل الاستثناء .

اما معنى ان الملكية حق مانع ، فقد ذهب بعض الفقهاء والشراح الى القول بان المقصود به انها حق مقصور على صاحبه وحده . فلا يحق لاحد ان يتدخل في شؤون المالك في ملكه او مشاركته فيه دون رضاه[٤٦] . وقد رأى البعض ان حالة النيوع تعد استثناءا من الملكية المفرزة التي هي الاصل وانها نظام مؤقت غير مرغوب فيه[٤٧] .

---

(٤٥) السنهوري ـ الوسيط ـ ج ٨ ـ حق الملكة ـ ص ٥٢٩ ـ ٥٣٠ .
محمدعلى حنبوله ـ الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ـ المرجع السابق ـ ص ٤٨٠ وما بعدها .
سعيد عبدالكريم مبارك ـ سرح الفانون المدنى العراقى ـ الحقوق العينية الاصلية ـ المرجع السابق ص ٢٨ .
حسن كره ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٨ ـ ١٥٩ .
عبدالعزيز عامر ـ دروس في حق الملكية ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٨ـ١٥٩ .
عبدالمنعم الصده ـ حق الملكية ـ المرجع السابق ـ ص ١٧ـ١٩ .
محمد وحيدالدين سوار ـ المرجع السابق ـ ص ٢٢ـ٢٣ .
جميل الشرقاوي ـ الحقوق العينية الاصلية ـ الكتاب الاول ـ المرجع السابق ـ ص ١٧ .

(٤٦) السنهورى ـ الوسيط ـ ج ٨ ـ المرجع السابق ـ ص ٥٣٠ـ٥٣١ .
محمدعلي حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ٤٨٢ـ٤٨٣ .
على على سليمان ـ شرح الفانون المدنى الليبى ـ المرجع السابق ـ ص ٣١ ـ ٣٢ / زهدي بكن ـ الملكية والحقوق العبنية الاصلية علما وعملا ـ المرجع السابق ص ٣٢ ـ ٣٣ .
حامد مصطفى ـ الملكية العقارية في العراق ـ المرجع السابق ـ ص٤٨ .
سعيد عبدالكريم مبارك ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧ـ٢٨ .
سيد حسن امامى ـ الحقوق المدنية ـ المرجع السابق ـ ص ٤٢ .

(٤٧) محمدعلى حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ٤٨٣ .

الا ان هناك من الفقهاء من ذهب بحق الى القول ان الجمع والمنع ليسا من جوهر حق الملكية • فهما لا يقتصران عليه وانما يمتـدان ليشـملا جميع الحقوق العينية والشخصية • فلكل حق مضمون قد يعترف به تشريع وقد يتقيد في تشريع آخر • وان هذه الخصيصة لا تعدو ان تكون بقية من بقايا الهالة المقدسة التي احيطت بها الملكية في زمن معين ولـّت قيمه[٤٨] •

يضاف الى ما تقدم ، ان الملكية الجماعية اصبحت في الوقت الحاضر مبدأ عاما في كثير من الدول التي تنهج في بناء المجتمع نهجا اشتراكيا • فهي ليست نظاما مؤقتا غير مرغوب فيه او حالة غير طبيعية • يؤكد ذلك ما اتجـه اليـه المسرع العراقي في قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ من اعتبار اسلوب المزارع الجماعية ومزارع الدولة اساسا في استثمار الاراضي[٤٩] •

رابعا ــ الدوام ليس من جوهر حق الملكية :

يذهب فريق من الفقهاء والسراح الى ان الملكية حق دائم ، لان حـق الملكية يبقى ملازما للسيء المملوك ما دام باقيا وان تغير شخص المالك[٥٠] •

---

(٤٨) احمد سلامة ــ الملكية الفردية في القانون المصري ــ المرجع السـابق ــ ص ٦١ــ٦٢/٨٤ــ٨٦ .
عبود عبداللطيف البلداوي ــ دراسه في الحقـوق العينيه الاصلية ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٠ــ١٧١ .

(٤٩) انظر الاسباب الموجبه لقانون الاصلاح الزراعى رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ المنشور بجريدة الوقائع العراقيه عدد ١٨٨٤ في ٣٠ــ٥ــ١٩٧٠ ص١٩/ وانظر قانون مصلحة مزارع الدولة رقم ١٤١ لسنة ١٩٧٥ المنشـور بجريدة الوقائع العراقية عدد ٢٤٩١ في ٢٩ــ٩ــ١٩٧٥ .

(٥٠) السنهوري ــ الوسيط ج ٨ ــ المرجع السابق ــ ص ٥٣٤ .
حامد مصطفى ــ الملكيه العماريه في العـراق ــ المرجـع السابـق ــ ص ٤٨ــ٤٩/ أحمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ٧٨ .
حسن الذنون ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩/حنبوله ــ المرجع السابق ص ٤٨٤/ رهدي بكر ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣ .
شاكر ناصر حيدر ــ المرجع السابق ــ ص ٧٥/ محمد وحيدالديـن سوار ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥ .
سيد حسن امامي ــ الحقوق المدنيه ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢ .
علي على سليمان ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢ .

الا ان البعض الاخر برى بحق ، ان الدوام ليس من جوهر حق الملكية وانما هو خصيصة موروثة عن القانون الروماني الذي كان متشبعا بالنزعة الفرديه(٥١) وانه من رواسب فكر غابر صور الحقوق بالصورة المطلقة والمقدسة(٥٢) .

وجدير بالذكر ، ان بعض الكتّاب ذهب الى القول ان الشيء المباح غير المملوك لاحد ليس له غير وجود واقعي حتى يتعلق به حق الملكية يتحقق له الوجود القانوني عندئذ ، ومن ثم يبقى الشيء محملا بحق الملكية على الدوام حتى هلاكه(٥٣) .

ان هذا القول لا يصح على اطلاقه . فلا وجود للشيء المباح الذى لا مالك له في الدول التي تهدف الى بناء كيانها الاجتماعي والاقتصادي على الاسس الاشتراكية . لان الدولة تعتبر مالكة وسائل الانتاج والخدمات العامة وغيرها ، مما يقتضي القول بعدم امكان اعتبار الاستيلاء سببا اصليا حق الملكية ما دام حق الدولة يمتزج بالوجود الواقعي للشيء ، على النحو الذى سأوضحه .

أنني اخلص مما تقدم بحثه فيما يتعلق بخصائص حق الملكية ، الى ترتيب النتائج الاتية :ـ

النتيجة الاولى ـ الملكية تقبل التوقيت

لم يثر الخلاف بشأن الملكية المعنوية التي تثبت مؤقته لصاحب الابتكار، الا ان الخلاف ظهر بالنسبة للملكية المادية . فذهب بعض الفقهاء في فرنسا

---

(٥١) حسن كره ـ المرجع السابق ـ ص ١٦٠ـ١٦١/ اسماعيل غانم ـ الحقوق العينية الاصلية جـ ١ حق الملكية ١٩٦٢ ، ص ٥٤ نقلا عن حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ٤٨٦ .
عبدالمنعم الصده ـ حق الملكية ـ المرجع السابق ـ ص ١٩ـ٢٠ .

(٥٢) عبدالحى حجازي ـ الوظيفة الاجتماعية للملكيه الخاصة ـ البحث السابق ـ ص ٢٧٩ وما بعدها .

(٥٣) محمدعلى حنبوله ـ الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ـ المرجع السابق ـ ص ٤٨٦ـ٤٨٧ .

ومصر والعراق الىالقول ان الملكية حق لايقبل التوفيت ، وان التوقيت يلحق الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية التي يكتسب اثرها لاجل محدد يعينه القانون • ذلك لان سلطات المالك تحول دون نوقيت حقه لما ينطوى عليه التوقيت من تعطيل سلطه في التصرف كالبيع والاستهلاك وغيرها(٥٤) •

الا ان بعض الفقهاء يرى انه ليس في طبيعة حق الملكية ما يحول دون توقيته • كأن يثبت هذا الحق لشخص لفترة معينة يعود بعدها الى شخص آخر اذا لم يستعمل المالك حقه المؤقت في التصرف بالسيء المملوك • وهم يضربون بعض الامثلة على ذلك ، رغم نسليمهم بندرة وقوعها في العمل(٥٥) • منها حالة بناء المستأجر او المنتفع على الارض التي يستأجرها او التي له عليها حق انتفاع بأذن من المالك • فالمستأجر او المالك يكون مالكا للابنية ملكية مؤقتة بمدة الايجار او الانتفاع ، ويكون له على هذه الابنية كل سلطات المالك بما في ذلك سلطة هدمها • واذا بقيت هذه الابنية حتى نهاية الايجار او الانتفاع صارت ملكا للمؤجر او لمالك الرقبة(٥٦) •

والواقع ان القانون العراقي اجاز فصل ملكيه الارض عما فوقها وما تحتها انفاق مالك الارض وصاحب حق الانتفاع عليها او مستأجرها • فقد نصت المادة (١١١٧) من القانون المدني على ما يلي : (كل ما على الارض او تحتها من بناء او غراس او منسآت اخرى ، يعتبر من عمل صاحب الارض اقامه على نفقته ، ويكون ملكا له ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك)(٥٧) • ولما كان حق كل من المنتفع والمستأجر مؤقتا بطبيعته فان ملكية صاحب البناء تكون

---

(٥٤) تفصيل اراء القائلين بعدم جواز توقيت حق الملكيه انظر :ـ
جميل الشرقاوي ـ الحقوق العينيه الاصليه ـ المرجع السابق ـ ص ٢٤ـ٢٦/ عبود البلداوي ـ المرجع السابق ـ ص ١٧٢ .

(٥٥) عبدالمنعم الصده ـ حق الملكية ـ المرجع السابق ـ ص ٢٣ .
أحمد سلامة ـ المرجع السابق ـ ص ٧٨ .

(٥٦) انظر : جميل الشرقاوي ـ المرجع السابق ـ ص ٢٥ .

(٥٧) يقابل النص المذكور المادتين ٩٢٢ و١٠٣٨ من القانون المدنى المصري .

مؤقتة كذلك ، لان الملكية لا تدوم بدوام الشيء المملوك رغم ثبوتها للمالك ، اذ يجوز ان تكون مؤقتة بزمن معين تنقضي بانقضائه كما هو الحال في بقية الحقوق المتفرعة عن حق الملكية .

يضاف الى ذلك ، ان في توقيت حق الملكية تقييدا لسلطات المالك والحد منها ومسايرة للاتجاه الاجتماعي الحديث في نسبية الحقوق .

والواقع ، ان القول بعدم جواز توقيت الملكية جاء تأثرا بالمذهب الفردي الذي جعل من الملكية حقا مطلقا واضفى عليه صفة التأبيد . ولهذا أرى ان الاتجاه بجواز توقيت حق الملكية هو الاتجاه الاصوب الذي ينسجم والنزعة الاجتماعية التي تكاد تسود الفكر المعاصر .

كما ان القانون المدني العراقي ، في نطاق المنقول ، اجاز زوال الملكية من الوجود الواقعي للشيء المملوك اذا تخلى عنه صاحبه بقصد النزول عن ملكيته ، فيصبح المنقول مباحا حتى يستولي عليه شخص آخر ليترتب له حق عليه . فقد جاء في المادة ١١٠٤ من التقنين المدني العراقي ما يلي :ـ

(يصبح المنقول مباحا اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته)(٥٨) .

وهذا النص يناقض تماما فكرة تأبيد حق الملكية(٥٩) .

النتيجة الثانية ـ الملكية تسقط بعدم الاستعمال :

لم يتفق الفقهاء على رأي موحد في هذه المسألة وتشعبت آراؤهم . الا ان من الممكن حصرها في اتجاهين رئيسين ، يتردد بينهما فريق من الفقهاء لم يقطع بالامر ولم يحدد موقفه(٦٠) .

الاتجاه الاول ـ يرى فريق من الفقهاء ان الملكية حق لا يمكن سقوطه بعدم الاستعمال لانه دائم بدوام الشيء المملوك ، ولم يرد نص يقضي بزواله

---

(٥٨) تقابل هذا النص المادة ١/٨٧١ من القانون المدني المصري .

(٥٩) من هذا الرأي انظر :
احمد سلامه ـ المرجع السابق ـ ص ٦٥ـ٦٦ .

(٦٠) زهدي يكن ـ الملكية والحقوق العينية الاصلية علما وعملا ـ المرجع السابق ـ ص ٣٣ .

بسبب عدم استعماله ، وانما نص على سقوط الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية (الانتفاع الحكر ، السكنى) لانها محددة بفترات زمنية تسقط بعدم استعمالها • ولهذا يكون المالك حرا في استعماله ملكه او عـدم استعماله ، ولا يزول حق الملكية مهما طالت مدة عدم الاستعمال • يترتب على ذلك ان دعوى الاستحقاق التي تحمي حق الملكية لا تسقط بالتقادم وانما يجوز للغير اكتسابها بمرور الزمن المكسب(٦١) •

الانجاه الثاني ــ وذهب فريق آخر الى القول ان الملكية نسقط بعـدم الاستعمال لما تقتضيه مصلحة الجماعة اولا ، ولان عدم سقوط الملكية بالتقادم لا يرجع الى جوهر حق الملكية وانما الى فكرة اعتنقها المشرع تأثرا منه بالاتجاه الفردي الذي كان يقدس حق الملكية في الماضي • اما وقد سلم بما للملكية من وظيفة اجتماعية تمارس لصالح الهيئة الاجتماعية بتأثير من سيادة النزعة الاجتماعية فلا يوجد ما يمنع المشرع من ان يقرر زوال حق الملكية بعدم الاستعمال تمشيا مع النظرة الجديدة لحق الملكية(٦٢) •

---

(٦١) السنهوري ــ ج ٨ ــ المرجع السابق ــ ص ٥٣٦ــ٥٣٧ •
علي علي سليمان ــ سرح الفانون المدنى الليبى ــ المرجع السـابق ــ ص ٣٢/ محمد لبيب شنب ــ مبادىء الفانون ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٠/ محمد وحيدالدين سوار ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠/ حسن كيره ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٢ــ١٧٣ •
حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٤٩٢ والمراجع التى يتسير اليها ايضا •

(٦٢) عبدالمنعم الصده ــ حق الملكية ــ ط ٣ المرجع السابق ــ ص٢٢ • سعيد مبارك ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠ •
عبدالعزيز عامر ــ دروس في حق الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ١٧
أحمد سلامة ــ الملكية الفردية في الفانون المصري ــ المرجع السابق ــ ٦٧ــ٦٨/٦٩ •
عبدالحي حجازي ــ الوظيفة الاجتماعية للملكيـة الخاصـة ــ البحث السابق ــ ص ٢٨٠ــ٢٨١/ محمدعلى عرفه ــ الملكية في ظل الاسراكية العربية ــ البحث السابق ــ ص ١١ •
محمد طه البشير ــ الحقوق العينبة الاصلية ــ المرجع السابق ــ ص ١٨ •
جميل الشرقاوي ــ الحقوق العبنية الاصلية ــ المرجع السـابق ــ ص ٢٣ــ٢٤/ عبود البلداوي ــ دراسه في الحقوق العينية الاصلية ــ المرجع السابق ــ ص ١٧١ •

أنني أرى انه مهما تباينت الاراء وتعددت بشأن تبرير عدم زوال الملكية بعدم الاستعمال ، فان الاتجاه الاسلم هو الذى يحقق النفع العام ويغلب جانب الجماعة على انانية الفرد ويقرر سقوط حق الملكية بعدم الاستعمال. ولهذا أؤيد الاتجاه الثاني وأضيف الملاحظات التالية لدعمه .

(١) لقد شرع الحق كوسيلة حافزة على العمل المنتج . وفي اهماله او عدم استعماله أذى للمجتمع يبرر تدخل المشرع الذى يمثله باصدار تشريع يسقط به الملكية عند عدم استعمالها . وفي تقرير هذا السقوط خير جزاء يفرض على المالك المهمل الذى لم يؤد وظيفة الملكية الاجتماعية ، تطبيقا للقاعدة القائلة بأن من يقعد عن مزاولة حقه يكون غير جدير بالتمتع به فيفقده[٦٣] .

(٢) لما كانت قاعدة سقوط الملكية بعدم الاستعمال ترتبط بالتنظيم التشريعي للملكية في العراق ، ولما كان هذا التنظيم لا يتماشى مع النزعة الاجتماعية للملكية الخاصة التي تسود العراق الآن متمثلة بتدخل الدولة وهيمنتها على كثير من وجوه النشاط الفردى ، فانه يكون ضروريا النص في التقنين المدني العراقي على سقوط الملكية بعدم الاستعمال خلال مدة معقولة ، مسايرة من المشرع للتطورات الاجتماعية التي تبغي تحقيق النفع العام وتغليبه على المصالح الذاتية .

ان ما يبرر القول بتقرير سقوط حق الملكية على العقارات بسبب ترك استعمالها وتعطيل وظيفتها الاجتماعية ، هو وجود الكثير من الدور الآيلة للسقوط المعطلة الاستثمار ، مما يلحق ضررا بمصلحة الجماعة التي تفرض استغلالها بعد تعميرها ، لا سيما وان هناك أزمة سكنية يعاني منها العراق الان . ويمكن ان يسهم هذا الرأى في حل جزء منها . هذا فضلا عن ان في تقرير سقوط هذا الحق خطوة للابتعاد عن الصيغة المطلقة التي تمنح الحرية الكاملة للمالك في استعمال ملكه او عدم استعماله ، وتفرض عليه القيام باستغلال ما يملك تحقيقا للمصلحة العامة وتحثه على التعمير والبناء .

---

(٦٣) محمد طه البشير ــ الحقوق العينية الاصلية ــ المرجع السابق ــ ص١٨ .

ومع ذلك ، فان المشرع العراقي ، اذا كان قد اغفل تقرير سقوط الملكية بعدم استعمالها ، تأثرا منه بالمشرع المصرى ، الا انه لم يغفل النص على سقوط الحقوق المتفرعة عن حق الملكية بعدم الاستعمال(٦٤) .

اما بالنسبة للمنقول ، فقد نص المشرع العراقي في المادة ١١٦٣ من تقنينه المدني على اكتساب ملكية المنقول بالحيازة استنادا الى قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) اذا كان الحائز حسن النية وكانت حيازته بسبب صحيح، الا انه استثنى من ذلك حالة ما اذا كان المنقول مسروقا او ضائعا او مغصوبا أو خيانة لامانة ، وفيها يحق للمالك استرداده ممن يكون حائزا له بحسن نية وبسبب صحيح ، خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة (م ١١٦٤)(٦٥) .

(٣) ان الملكية تكتسب بالتقادم المسقط والمكسب معا(٦٦) ، لان القانون لا يقر الملكية الا لمن يستحقها . واذا كانت الملكية عملا او يجب ان تكون عملا

---

(٦٤) نصت المادة ١٢٦٠ من القانون المدني العراقى انه (ينتهي حق المنفعة بعدم الاستعمال مده خمس عشرة سنه) . كما نصت المادة (١٢٦٥) بأنه : (فيما عدا الاحكام المتقدمه ، تسرى الاحكام المتعلقه بحق المنفعه على حق الاستعمال وحق السكنى ، ما دامت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين) . اما المادة ١٢٨٢ فقد قضت انه (١ - ينقضى حق الارتفاق بعدم استعماله خمس عشرة سنة . فاذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة ، كانت المده ستا وثلاثين سنه . ٢ - واذا ملك العقار المرتفق عده شركاء على الشيوع ، فانتفاع احدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين . كما ان وقف التقادم لمصلحة احد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحه سائرهم) . انظر ما يقابل هذه النصوص في القانون المدني المصري المواد ٩٩٥ و٩٩٨ و١٠١١ و١٠٢٧ .

(٦٥) انظر ما يقابل هذا النص : المادة ٩٧٧ من القانون المدنى المصري .

(٦٦) التقادم نوعان مكسب ومسقط : الاول وسيلة تكسب بها الحائز ملكية الشيء أو حقا عينيا آخر عليه بمقتضى حيازة تظل مدة معينه . أما الثاني فهو وسيلة لانقضاء حق يسكت صاحبه عن اقتضائه أو استعماله مدة معينة .
عبدالمنعم الصده - حق الملكية - المرجع السابق - ص ٥٨١ .

فلا مانع من اسقاط حق المالك الذى لا يقوم باستثمار ملكه . لانه ، اذا جاز لـه ان يفوّت على نفسه خيرات حقه ، فلا يحق له ان يفوت على الجماعة خيرات هذا الحق(٦٧) .

المطلب الرابع

نطاق حق الملكية

قد يكون الشيء المملوك الخاضع لسلطات المالك ، منقولا او عقارا . ولا خلاف بالنسبة لممارسة هذه السلطات على النوع الاول ، الا ان ما يهمنا في هذا المجال هو النوع الثاني نظرا لاهميته . ان السؤال الذى يطرح هو مدى سلطات المالك . فهل تشمل هذه السلطات اضافة الى سطح الارض ، ملكية العلو والعمق الى ما لا نهاية ؟

قبل الاجابة عن هذا السؤال يتعين عليّ القول : ان صاحب الشيء يملك جميع عناصره الجوهرية من الملحقات والثمار والمنتجات(٦٨) . فمالك الارض

---

(٦٧) عبدالحي حجازي ــ البحث السابق ــ ص ٢٨١ .

(٦٨) نصت المادة ١٠٤٩ من القانون المدني العراقي في فقرتها الاولى على ان « مالك الشيء يملك كل ما يعد في حكم العرف من عناصره الجوهرية ، بحيث لا يمكن فصله عنه دون ان يهلك أو يتلف أو يتغير » . ويقابلها في القانون المدني المصري الفقرة الأولى من المادة ٨٠٣ .

ويلاحظ ان المراد بالملحقات هي كل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء المملوك طبقا لما تقضي به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ، كحقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص . أما الثمار فهي ما ينتجه الشيء من غلة متجددة في أوقات دورية منتظمة دون تغير أو نقص في جوهره وهي أما (طبيعية) كالأعشاب أو (صناعية) تحصل بفعل تدخل الانسان كالحاصلات الزراعية أو (مدنية) كأجرة الاراضي

يملك ترابها وحقوق الارتفاق التي لها على الاراضي المجاورة ، كما يملك اعنابها وحاصلاتها وايرادها • فهي جميعا في الاصل ملك لصاحب الارض مالم يوجد نص او انفاق يقضى بخلاف ذلك ، كالنص الذى يجعل الحائز حسن النية مالكا لما قبضه من نمار وما استوفاه من المنافع مدة حيازته لها (المادة ١١٦٥ ق٠م٠ع) •

ولبيان نطاق حق الملكية يحسن بي تحديد كل من النظرة القديمة والحدينة لملكية العلو والعمق ثم اعقب ذلك بالاشارة الى موقف القضاء العراقي •

اولا ـ ملكية العلو والعمق :

كانت النظرة السائدة قديما ان ملكية العلو والعمق لا تخضع للقيود • فمالك الارض يملك ما فوقها علوا وما تحتها سفلا الى ما لا نهاية ، انسجاما مع الانجاه المطلق الذى اوحى به منطق المذهب الفردى الذى كان سائدا[٦٩] • ولكن هذه النظرة لا تجد لها محلا في كل من الفقه والقضاء المعاصرين في كثير

والمنازل . واما المنتجات أو الحاصلات فهي النى لا تنتج في أوقات دورية منظمة ، ولكن تفتطع من اصل الشيء كالاحجار والمعادن لانها منتجات غر منعددة .

تفصيل ذلك انظر المراجع التالية :ـ

السنهوري ـ الوسيط ـ ج ٨ ـ المرجع السابق ـ ص ٥٨٦ـ٥٩٠ .
أحمد سلامة ـ المرجع السابق ـ ص ٩٦ ـ ١٠٠ .

عبدالعزيز عامر ـ المرجع السابق ـ ص ٢٥ـ٢٦ .

ساكر ناصر ـ المرجع السابق ـ ص ٨٢/ البشير ـ المرجع السابق ـ ص ١٨ـ١٩/ محمد وحيدالدين سوار ـ المرجع السابق ـ ص ٤١/ حسن كيره ـ المرجع السابق ـ ص ١٩٣ـ١٩٤ .

محمد كامل مرسى ـ الحقوق العينية الاصلية ـ ج ١ المرجع السابق ـ ص ٢٨٤ـ٢٨٥/ محمدعلى عرفه ـ شرح القانون المدنى الجديد ـ المرجع السابق ـ ص ٢٢٧ـ٢٢٨ .

(٦٩) ساكر ناصر حيدر ـ المرجع السابق ـ ص ٧٨/محمدعلي عرفه ـ المرجع السابق ـ ص ٢٢٠ .

من الدول[٧٠] • فقد استقر الرأى على ان ملكية العلو والعمق تمتد الى الحد المفيد لتمتع المالك بها على النحو المعتاد ووفقا للقانون • وفي هذا التقييد تأكيد للحق الاجتماعي ومصلحة المجموع بتأدية الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة• وهو يمثل نظرة جديدة الى الحقوق تتبينها في كثير من التشريعات الوضعية ، ومنها المشرع العراقي في المادة (١٠٤٩) من القانون المدني[٧١] •

وعليه ، فان مالك الارض يملك البناء المشيد عليها ، والمنطقه القريبة من الفضاء ، كما يملك ما تحتها سفلا الى الحدود التي يسمح بها القانون • ولذلك لا يحق للمالك ان يعارض في مد اسلاك الكهرباء او انابيب المياه او في مرور الطائرات فوق ارضه ، لان معارضته تعتبر تعسفا في استعمال حقه والتعسف امر لا يقره القانون • الا ان هذه الامور اذا أثرت فعلا على تمتعه بمزايا ملكه، كأن تكون انابيب المياه في موضع يؤثر في اسس البناء أو ان تكون الاسلاك الكهربائية تشكل مصدر خطر ، فلابد عندئذ من الحصول على رضاه •

ان ملكية السطح تعد قرينة قانونية على ملكية العلو وملكية السفل ، الا انها ليست قرينة قاطعة ، بل هي قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس[٧٢] •

---

(٧٠) محمدعلى عرفه ــ المرجع السابق ــ ص ٢٢٠ــ٢٢١/ عبود البلداوي ــ دراسة في الحقوق العينية الاصلية ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٧ •

(٧١) انظر الفقرة الثانية من المادة ٨٠٣ من القانون المدنى المصري ، والمادة ١١٩٤ من المجلة •
ويلاحظ ان المشرع اللبناني لم يورد نصا مماثلا لنص المادة (١٠٤٩ مدنى عراقى) مما يوحي بان مالك الارض في التشريع اللبناني يملك ما فوقها وما تحتها الى ما لا نهاية خاصة وان المادة ٢٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى تقضى بان لمالك الارض (••• ان يجرى فيها حفريات الى أي عمق يشاء •••) الا انه مع ذلك يمكن الاستناد لنص المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود تحديد الحقوق الى الحد المفيد في التمتع بها قانونا •
مصطفى الجمال ــ نظام الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٧ •

(٧٢) السنهوري ــ الوسيط ــ جـ ٨ ــ حق الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ٥٧١/ حسن كيره ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٥ــ١٨٦ •
شاكر ناصر ــ المرجع السابق ــ ص ٨٠ •

وقد نص القانون المدني العراقي في الفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٩ على انـه « ويجوز الاتفاق على ان تكون ملكية سطح الارض منفصلة عـن ملكيـة ما فوقها او ما تحتها »(٧٣) •

والواقع ان هذا الاتفاق لا يعد مخالفا للنظام العام ، فحق الحكر وحق المساطحة وحق التعلي فوق ارصفة الطرق العامة وبيع المحدثات التي على ارض الوقف ، هي ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح • كما يجوز لصاحب السطح ان يبيع نفقها او مستودعها او القبو الذى تحتها (٧٤) • ومما يترتب على ذلك ، ان ملكية الكنز المدفون او المخبوء في الارض الذى لايستطيع أحد ان بنبت ملكينه ، يثبت لمالك العفار ان كانت الارض التي وجد فيها مملوكة له على نحو بينه القانون العراقي في المادة (١١٠١)(٧٥) •

اما بالنسبة لملكية العمق ، فان المالك له حق الملكية الى الحد المفيد في التمتع به • ولذلك يكون ملزما بقبول اى عمل يجرى على مسافة من العمق لا تكون له مصلحة في منعه(٧٦) • ولعل من اهم القيود التي ترد على ملكيـة العمق هو الفيد الوارد في قانون الاثار القديمة رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦ وتعديلاته، الذى اعتبر جميع الاثار مملوكة للدولة ، لانها من الاموال العامة التي تحقق النفع العام سواء كانت منقولة او عقارات(٧٧) •

كما ان من القيود التي نرد على ملكية العمق ، القانون الخاص بالمعادن والمقالع الحجرية رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٢ المعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٦٥ ،

---

(٧٣) يقابل هذا النص الفقره الثالثة من المادة ٨٠٣ من القانون المدنى المصري.
(٧٤) ساكر ناصر حيدر ـ المرجع السابق ـ ص ٨١ .
(٧٥) يقابل هذا النص المادة ٨٧٢ من الفانون المدنى المصري .
والكنز هو المنقول المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له وهو ليس جزءا من الارض ، وانما هو دفين ومودع فيهـا بخلاف المعدن الذي يعتبر في الغالب جزءا منها .
ساكر ناصر حيدر ـ المرجع السابق ـ ص ٨٥ .
(٧٦) السنهوري ـ الوسيط ـ ج ٨ المرجع السابق ـ ص ٥٧٦ .
(٧٧) ساكر ناصر ـ المرجع السابق ـ ص ٨٧ـ٨٨ .

وبمقتضاه تكون ملكية المعادن والمقالع الحجرية ملكا للدولة. (م ١٦ و ٢٠)[٧٨].

وحيث ان ملكية الارض تسمل ما فوقها وما تحتها الى الحد الذى يسمح به القانون ويتفق مع النظرة الجديدة الى الحق ، فان ملكية الارض تشمل كذلك في الاصل ما ينشأ او يقام او يغرس او يوجد في هذا العلو او العمق ، لان ملكية المالك للسطح والعمق قرينة على ملكيته لما يوجد فيه من اشياء ، ولكنها قرينه بسيطه[٧٩] . وعلى ذلك نص القانون المدني العراقي في المادة ١١٧ المسار اليها من قبل[٨٠] .

وصفوة القول ، ان الملكية لم تعد حقا يخول المالك سلطات غير محدودة ، بل اصبحت حقا يتمتع صاحبه بسلطة مقيدة بالمصلحة الاجتماعيه ، تلك المصلحة التي تتحقق بتحديد ملكية العلو والعمق الى الحد المفيد للمالك. وقد كان المشرع موفقا في تقييد هذا الحق . فلا وجه للاعتراف بملكية المالك في نطاق لا يستفيد منه بقدر ما تستفيد منه الجماعة او الدولة . كما ان الاخذ بمبدأ امتداد الملكية الى علو وعمق غير محدودين لا يتفق مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية[٨١] . فليست الملكية الان هي ما نستشعره وما نريده بل هي ما بصوره القانون وما بريده[٨٢] .

ثانيا ــ موقف القضاء العراقي الحديث

ذهب القضاء العراقي ، وعلى رأسه محكمة التمييز ، الى تأييد الاتجاه الحديث الذى يتماشى مع النظرة الاجتماعية الى الحق . فقد قيد حق الملكية الى الحد المفيد في التمتع بها علوا او عمقا تحقيقا للوظيفة الاجتماعية للملكية

(٧٨) بقابل ذلك : قانون المناجم والمحاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ المنشور بجريدة الوقائع المصرية في ١٥-٣-١٩٥٦ ، بالنسبة الى الجمهورية العربية المتحدة .

(٧٩) حسن كيره ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٩ .

(٨٠) يقابل هذا النص المادة ٩٢٢ من الفانون المدنى المصري .

(٨١) محمد وحيدالدين سوار ــ المرجع السابق ــ ص ٣٩ .

(٨٢) عبدالحي حجازي ــ البحث السابق ــ ص ٢٨٦ .

الخاصة • كما نادى بعض رجال القضـاء بضـرورة الانحيـاز الى التطورات الاجتماعيه والاقتصادية الحديثة بغية تماشي النصوص القانونية مع اهداف الدولة ، ولان في الحياد ابقاءا على القوانين القديمة أو تبريرا لبقائها[٨٣] •

يتضح مما تقدم ان الملكية في القانون المدني العراقي مقيدة ، بالنسبة للعلو والعمق ، الى الحد المفيد الذى تتحقق فيه مصلحة الفرد الى جانب الاعتبار الجماعي الذى هو مصلحة الجماعة •

وتطبيقا لذلك ، افتى ديوان التدوين القانوني بان قضاء الرصيف يعتبر ملكا للبلدية بحكم المادة (١٠٤٩) من القانون المدني[٨٤] • كما قضت محكمة التمييز بأنه :ــ

١ ــ لا يجوز لمصلحة الكهرباء امرار الاسلاك الكهربائية فوق ملك الغـير لان في ذلك حرمانا من التصرف في ملكه بالشكل المنصوص عليـه في المادة (١٠٤٩/٢)[٨٥] •

٢ ــ ان المتصرف بقطعة الارض التابعــة لغيره تصرفـا يحــرم مالكها من الاستفادة من ملكه على الوجه القانوني الصحيح يلزم بالتعويض لمالكها،

---

(٨٣) سالم عبيد النعمان ــ اراء في الفقه والتشريع باعتبارهما معبرين عــن علاقات اقتصادية واوضاع اجتماعية ــ بحث منشور في مجلة القضاء العدد الاول السنة ٢٨ ، ١٩٧٣ ص ٧ وما بعدها •
ومن هذا الاتجاه :
يحيى الدراجي ــ الفقه والتشريع معبران عن علاقــات اقتصاديــة وأوضاع اجتماعية لزوم النظرية والفقيه المنحاز ــ بحث منشور فــي مجلة القضاء العدد الثالث السنة ٢٨ ، ١٩٧٣ ص ٣٥ وما بعدهــا •
خلاف هذا الاتجاه المنحاز انظر :ــ
محسن ناجي ــ العوامل الاقتصادية والاجتماعية واثرها في التشريــع والفقيه المنحاز ــ بحث منشور في مجلة القضاء العدد الثاني الســنة ٢٨ ، ١٩٧٣ ص ٣٩ وما بعدها •

(٨٤) مجلة ديوان التدوين القانوني ــ يصدرها ديوان التدوين القــانونــي في وزارة العدل العددان الاول والثاني السنة الرابعة ١٩٦٥ ص ١٧٠•

(٨٥) رقم القرار ٥٨٥/ حقوقية غير منقول / ١٩٦٩ في ٢٩ــ٩ــ١٩٦٩ قضاء محكمة تمييز العراق ــ المجلد ٦ ــ القرارات الصادرة ســـنة ١٩٦٩ ص ٣٧٨ •

لان مد اسلاك الخطوط الكهربائية ذات الضغط العالي فوق ارض المالك يفوت عليه مكاسب مادية خاصة وانها كانت معدة للبناء والسكن[٨٦] •

٣ ــ اذا كان للعقار المستملك حق العلو على عمارات مجاورة (دكاكين) فيجب ان يعوض المستملك منها عن ذلك الحق[٨٧] •

المطلب الخامس

اسباب كسب الملكية

بيّن المشرع العراقي في تقنينه المدني اسباب كسب الملكية بوجه عام، وذكر انها تكتسب بثلاثة طرق • كسبها ابتداءا بالاستيلاء • وثانيتها ، كسبها بسبب الوفاة عن طريق الميراث والوصية • اما الطريقة التالثة فكسبها ما بين الاحياء • ثم تطرق الى بيان اسباب كسب حق التصرف وطرق انقضائه• وقد جاءت اغلب الاحكام المنصبة على حق الملكية منطبقة على حق التصرف ومتأثرة بالمبادىء التي قررتها الشريعة الاسلامية •

وسأعرض فيما يلي بالبحث الوجيز في هذه الاسباب لبيان مدى مسايرتها واقع التطورات الاجتماعية والاقتصادية الجديدة • وسأقصر الكلام، على ما يدخل في نطاق هذه الرسالة وفقا للنهج التالي :ــ

اولا ــ كسب الملكية ابتداء

يعرف الاستيلاء occupation بكونه سببا اصليا لكسب ملكية الاشياء المباحة التي ليس لها مالك ، وذلك بمجرد حيازتها او احرازها بنية تملكها • وهو من اقدم الطرق لكسب الملكية ابتداءً •

(٨٦) رقم القرار ١٧٢/ حقوقية ثالثة / ١٩٦٩ في ٢١ــ١ــ١٩٧٠ . النشرة القضائية ــ العدد الاول السنة الاولى ١٩٧٠ ص ٥٢ــ٥٣ .

(٨٧) رقم القرار ١٥١١/ مدنية نانية عفار / ١٩٧٢ في ٢٠ــ١٢ــ١٩٧٢ النشرة القضائية العدد الرابع السنة الثالثة ١٩٧٤ ص ٢٦١ .

وفد فرق المشرع العرافي ، في موضوع كسب الملكية بالاستيلاء ، بين المنفول وبين العقار • فنص في المادة (١٠٩٨ مدني) على كسب ملكية المنقول المادى عن طريق الاستيلاء • وضرب الامثلة على كيفية الكسب دون ان يترك بيان ذلك للفقه • والظاهر انه نفل النص المذكور من مجلة الاحكام العدلية في موادها (١٢٤٨—١٢٥٣)[٨٨] •

ان السؤال لا يثور حول كسب ملكية المنقول المادى ابتداءا ، لوجود القاعدة العامة التي تقضي بان الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولقلة اهميته بالنسبة لكسب ملكية العقار ، وانما يطرق حول كسب ملكية العقار ابتداءا بالاستيلاء لما له من اهمية بسبب ثباته واستقراره ولانه يعد جزءا من الاقليم يخضع للتنظيم اكثر من المنقول • ولهذا يتعين عليّ استبعاد المنقول من دائرة البحث والكلام على العقار فحسب •

تصت المادة ١١٠٥ من القانون المدني العراقي على انه : (١ — اذا ردم عرافي جزءا من البحر بأذن الحكومة ملك الجزء المردوم • لكن اذا حصل على الاذن ولم يتم الردم خلال نلاث سنوات بطل الاذن • ويجوز لغيره ان يردم بعد ان يحصل على اذن لنفسه• ٢ — واذا كان الردم بغير اذن الحكومة صار الجزء المردوم ملكا للدولة ويباع للرادم ببدل المثل • فان لم يقبل بيع لمن ترسو عليه المزايدة • واذا كان الرادم قد انشأ أبنية في الجزء المردوم منه فانه لا بطالب الا ببدل المثل دون الابنية واذا بيع العقار بالمزايدة اخذت الحكومة من ثمنه فيمة الارض واعطت الباقي للرادم)[٨٩] •

(٨٨) المجلة — تصحيح الشيخ يوسف الاسير — ط ٣ — المرجع السابق — ص ١٧١—١٧٢ وانظر م ٥٧ من مشروع القانون المدني العراقي كما اقرته لجنة الدكتور السنهوري ص ٨٨/ اما ما يقابل نص المادة (١٠٩٨) من القانون المدنى العراقي في القانون المدنى المصري فهو النص (٨٧٠) •

(٨٩) مصدرها نص المادة ١٣٢ قانون الاراضي والمادة ٢١٠ من قانون الاراضى الجديد لسوريا ولبنان •
سلمان بيات — القضاء المدني العراقى — ج ٢ — بغداد سركة الطبع والنشر الاهلية ١٩٦٢ ص ٥١٤ •

ولعل مما يحسن بي قبل بيان الرأي حول هذا النص ، ان ابـادر الى الى القول ان الفقه قد توزع على فريقين رئيسين بالنسبة لكسب الملكية ابتداءا ، فذهب فريق الى القول بامكان كسب ملكية المنقول والعقار ابتداءا عن طريق الاستيلاء على حد سواء[٩٠] . ورأى الفريق الثاني ان كسب الملكية ابتداءا عن طريق الاستيلاء ممكن بالنسبه للمنقول المادي المباح الذي ليس له مالك دون العقار[٩١] . لان كسب ملكيه العقار ابتداءا لابد من ان يصحبه عمل من اعمال الاحياء الى جانب الاستيلاء كزراعة الارض او البناء عليها او القيـام بأي عمل آخر[٩٢] . والسبب عندهم ، ان هذه الملكية يجب ان تقوم ويتحدد محلها على اساس اعتبارات اخرى تتعلق بأهمية المـال في مجـال الانتاج في المجتمع والغرض الذي يتم تخصيصه من اجله ، وليس على اساس واقعة فردية تعتمد على مجرد الصدفة كالاستيلاء[٩٣] .

والواقع ، ان الاصل في ملكية الاراضي والعقارات ان تكون مملوكة للدولة في العصر الحديث . بعد ان كانت تحاز حيازة جماعية من قبل العائلة او القبيلة في العصور البدائية . ولما كان الانتفاع بها يرتبط ارتباطا مباشـرا بالخطـة الاقتصادية ، لكونها من وسائل الانتاج المهمة التي يتطلب النهوض بوظيفتها الاجتماعية احياؤها ان كانت مواتا ، أو تعميرها أو البناء عليها ، فان المصلحة العامة تقضي الغاء وسيلة تملك الاموال من طريق الاستيلاء ، سواء كان المال عاما ام خاصا ، عقارا ام منقولا ، مفقودا ام متروكـا . وينبغـي ان يتـرك الموضوع وتفصيله الى الدولة التي تنظم مسألة عدم جواز تملك الامـوال

---

(٩٠) علي الخفيف ــ الملكية في الشريعة الاسلامية ــ ج ١ ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧ . ومن هذا الاتجاه بعض الفقهاء في فرنسا اشار اليهم فـي رسالته نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٨٣ .

(٩١) عبدالرزاق السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدني ــ ج ٩ ــ أسباب كسب الملكية القاهرة ــ دار النهضة العربية ــ ١٩٦٨ ص٥٦/ محمدعلي عرفة ــ الملكية في ظل الشريعة الاسلامية ــ البحث السابق ــ ص ١١٣ــ١١٤ .

(٩٢) نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٨٥ .

(٩٣) المؤلف نفسه ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩١ ــ ٢٩٢ .

المتروكة بالاستيلاء ، لا سيما الاموال التي يتركها اصحابها هربا لثبوت اشتراكهم في التجسس او لارتكابهم جريمة اخرى ، على النحو الذى يساير التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الجديدة[٩٤] .

ان المشرع العراقي لم يوفق في النص على كسب ملكية العقار ابتداءاً بالاستيلاء في المادة (١١٠٥ مدني) لسببين رئيسين هما :ــ

اولا ــ لقد اعتبر المشرع تملك الجزء المردوم من البحر بعد اذن الحكومة خاضعا للملكية الخاصة بعد توافر شروط اخرى ، الامر الذى يثير التساؤل عن المقصود بالبحر ومكان وجوده لكي يخضع لتملك الافراد بعد ردمه . واذا كان قصد المشرع هو ردم المستنقعات او الترع التي ينضب الماء منها ، فان حكمها يخضع للقواعد العامة التي تخص تملك الاراضي التابعة للدولة وما يلحق ذلك من ضرورة النهوض بوظيفتها الاجتماعية .

ثانيا ــ ان قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ نص على ان الارض الزائدة عن الحد الاعلى المقرر للملكية تؤول الى الدولة منذ نفاذ القانون، وعلى اعتبارها مؤجرة الى اصحابها اعتبارا من الموسم الزراعي الشتوي او الصيفي الذى يلي نفاذه لحين الاستيلاء عليها وتسلمها من قبل الاصلاح الزراعي[٩٥] .

وخلاصة الامر ، ان نص المادة (١١٠٥ مدني عراقي) يعد نصا زائدا ،

---

(٩٤) انظر ايضا ما ذهبت اليه ورقة عمل اصلاح النظام القانوني في هذا الشأن فقد جاء في باب التشريعات المدنية في الفصل الثاني بقولها (حظر تملك الاموال العامة عن طريق الاستيلاء والتقادم ، وحظر تملك الافراد مصادر الطاقة كمصادر المياه واعمال الري) .
وراجع ثروت الاسيوطي ــ فلسفة القانون في ضوء التاريخ الاقتصادي والاجتماعي ــ الكتاب الثاني ــ بغداد ــ ١٩٧٥ ص ٣٠٨ .

(٩٥) انظر الاسباب الموجبة لقانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ وهو منشور في الوقائع العراقية عدد ١٨٨٤ الصادر في ٣٠ــ٥ــ١٩٧٠ ، ص ١٧ .

ويفتقر الى التطبيقات القضائية ، وتوجب الضرورة رفعه من القانون المدني العراقي امام صراحة نص المادة السادسة من قانون الاصلاح الزراعي او الاستعاضة عنه بالنص الآتي الذى يفيد حظر تملك الاموال العامة عن طريق الاستيلاء :ـ

« ١ ـ تكون الاراضي غير المزروعة التي لا مالك لها ملكا للدولة ولا يجوز وضع اليد عليها للانتفاع او الاستغلال الا بعد الاذن من الحكومة•

٢ ـ اذا زرع عراقي ارضا غير مزروعة او غرسها او بنى عليها وقام بوظيفتها الاجتماعية ، اعتبر في الحال مؤجرا الجزء المزروع او المغروس او المبنى ولو بغير اذن الحكومة ، الا انه يفقد حقه بعدم الاستعمال سنتين متتاليتين » •

كما ان هذا النص يتفق الى مدى بعيد مع مبادىء الشريعة الاسلامية في احياء الاراضي الموات والحكمة من الاحياء ومن الانحلال[96] ، ويتفق ايضا مع اهداف قانون الاصلاح الزراعي الاخير واسبابه الموجبة •

ثانيا ـ كسب الملكية ما بين الاحياء

نص القانون المدني العراقي على اعتبار الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة من مصادر كسب الملكية ما بين الاحياء • وما يتعلق بموضوع الرسالة من الالتصاق والشفعة والتقادم الطويل المكسب للملكية (الحيازة) • وسأقصر البحث عليها فيما يلي :ـ

١ ـ الالتصاق :

فرق المشرع المدني العراقي ، فيما يتعلق بالالتصاق باعتباره احد اسباب كسب الملكية ما بين الاحياء ، بين الالتصاق بالعقار الذى يحدث بفعل الطبيعة او بفعل الانسان ، وبين الالتصاق بالمنقول • وافرد المواد (١١١٣ـ١١٢٥) لهذا الموضوع • كما ذهب الاستاذ السنهورى الى اعتباره احد اسباب كسب الملكية ما بين الاحياء باعتباره واقعة مادية تكون سببا لذلك ، واضاف القول

(٩٦) انظر ص ١٠٣ من هذه الرسالة وما بعدها .

بان : (... مالك النيء الاصلي هو الذى يملك الشيء النابع ، ويملكه بسبب واقعة مادية هي واقعة الالتصاق ، ولا يجوز الخلط ، كما فدمنا ، بين تملك المالك للثمار المتولدة من النيء وتملكه للسيء التابع بسبب الالتصاق. فملكية الثمار ليست ملكية جديدة ، بل هي متفرعة عن ملكية الشيء الذى تولدت منه الثمار فيمتد حق الملكية من النيء الى ثماره . اما الملكية بسبب الالتصاق فملكية جديدة مستقلة عن ملكية النيء الاصلي ، كسبت بموجب سبب مستقل قائم بذاته هو الالتصاق . فالمالك بالالتصاق قد كسب ، بسبب جدبد ، ملكية جديدة)[٩٧] .

والواقع ، ان كسب ملكية العقار ما بين الاحياء عن طريق واقعة مادية هو الالتصاق بفعل الطبيعة امر لا يتفق والاتجاه الاجتماعي الذى يفرض العديد من القيود القانونية والارادية على الملكية الخاصة ويرى اعتبار ملكية الدولة النسكل القيادى للملكية العامة والرائدة للملكية الخاصة ، ولايعترف بالآثار التي تبدو دخلا او منفعة لا يكتسب بعمل ، ومنها الالتصاق بفعل الطبيعة . فهو احد طرق كسب الملكية ما بين الاحياء في ظل مجتمع تسود فيه النزعة الفردية والعلاقات شبه الاقطاعية الرأسمالية . ولما كان البناء الاجتماعي والاقتصادية والسياسي في العراق ، قد تغير عما كان في السابق ، ولما كانت كثير من القوانين التي صدرت في ظل ثورة ١٧ تموز ١٩٦٨ تشبعت بالنزعة الاجتماعية ، فان الضرورة تحتم حظر نشوء الملكية الخاصة للعقار عن طريق الالتصاق بفعل الطبيعة[٩٨] .

٢ ـ الشفعة :

اقتبس المشرع العراقي في تقنينه المدني احكام النفعة من الشريعة الاسلامية . فجاءت اغلب احكامها تقريرا لقواعد مجلة الاحكام العدلية التي

---

(٩٧) السنهوري ـ اسباب كسب الملكية ـ جـ ٩ ـ ص ٢٤٦ .

(٩٨) انظر ما جاء في الفصل الثاني الذي تطرق للتشريعات المدنية في ورقة عمل اصلاح النظام القانوني في العراق التى نوقشت في قاعة جمعية الحقوقيين في بغداد ابتداء من مساء ٢٨ـ١ـ١٩٧٦ .

تعتمد المذهب الحنفي • وافرد لها المشرع المواد (١١٢٨ — ١١٤٤) وعرفها في المادة ١١٢٨ بانها (الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشترى بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة)[٩٩] •

وقبل ان اسوق بعض ملاحظات ترد على نص المشرع العـراقي المتعلق بالشفعة ، ابادر الى القول ان كلمة الفقه الوضعي ، والفقه الاسلامي لم تتفق حولها • فقد تباينت آراء الفقهاء في مصر والعراق وتوزعت على عدة اتجاهات، رئيسة هي :

الاتجاه الاول — يرى انصاره ان حق الاخذ بالشفعة يجب ان يكون شاملا للعقار والمنقول معا ، لان الشريعة الاسلامية قررتها لحكمة معقولـة واضحة • فهي اضافة الى كونها تجمع عناصر الملكية المجزأة بيد مالك واحد وتقضي على كثير من المنازعات ، فانها نظام اجتماعي يمنع الضرر الذى يسببه السيوع ، فكم من عقارات اهملت وبنايات اندرست بسبب اختلاف الشركاء ومنافستهم ، كما يمنع الضرر الذى يسببه الجوار[١٠٠] •

---

(٩٩) م ٩٤ من مشروع القانون المدني العراقي كما اقرته لجنة الدكتـور السنهوري — ص ١٢٥ وقد جاء تعريفها في المشروع بنفس المعنى الذي اورده مرشد الحيران مع بعض التعديل في الصياغة اللفظيه . امـا مصدر النص المذكور فهو م ٩٥ من مرشد الحيران والمادة ١٣٨٢/١ المشروع المصري •

(١٠٠) تفصيل ذلك انظر :—

زهدى بكن — الشفعة — دار النهار للنشر بيروت ١٩٧٤ ص ٣٠ •
محمد كامل مرسى . الشفعة — ط ٣ مطبعة الاعتمـاد مصر ١٩٤٧ ص ١٠٨ •

عبدالسلام الدليمي — الشفعة في الشريعة الاسلاميه — رساله مقدمـة الى كلية الاداب بجامعة بغداد لنيل درجة الماجسـتير في الشـريعـة الاسلامية ١٩٧٠ ص ٤٢٢ — ٤٢٥ •

وانظر المناقشات والتبريرات لاصحاب هذا الاتجاه :
مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصري — ج ٦ — المرجع السابق — ص ٣٦١ — ٣٦٢/٣٧٣ •

الاتجاه الناني ــ ويذهب انصاره الى الغاء النسفعة كسبب عام من اسباب كسب الملكيه في القانون المدني، لانها محل خلاف بين فقهاء السريعة الاسلامية، ولانه لا مبرر لها في مجال الملكية الزراعية لتعارضها مـع قوانين الاصـلاح الزراعي التي قصدت القضاء على الملكيات الاقطاعية • والواقع ان التسفعة قد تؤدى الى تجمع الملكيات وتراكمها بيد المالك(١٠١) • كما انها تعد مظهرا من مظاهر الاقطاع وتمتل ظاهرة طبقية لا تساير الظروف الاجتماعية والاقتصادية الجديدة(١٠٢) •

الانجاه الثالث ــ ويعد اتجاها وسطا يوفق بين الرأيـين السـابقين • فيذهب بعض الفقهاء الى القول بجوازها في دائرة الملك المشاع دون الجوار، لان في أخذ السريك بالشفعة في الملك المشاع تفاديا لاشتراك اجنبي في الملك ، وطريقا لازالة السيوع ، ولان الاخذ بالشفعة من قبل صاحب حق الانتفاع أو المحكر أو المستحكر جمع لما نفرق من عناصر حق الملكية • الا انها مـع ذلك نعتبر قيدا خطيرا على حرية التعاقد ومن عوامـل عـدم الاسـتقرار في المعاملات العقارية ، الامر الذى يبرر عدم اعطاء الجار حق الاخذ بها • لان الجوار اصبح اقل حظرا من السابق(١٠٣) ، ولان العادات والتقاليد الاجتماعية قد تغيرت ، ولان الانجاه الغالب يميل الى تحديد الملكية(١٠٤) •

---

(١٠١) نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٦٢٨ ــ ٦٢٩ .
عبدالستار ادم ــ السريعة الاسلامية والفانون المدني المصري ــ الكتاب العاسر المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية ــ القاهرة ١٩٦٩ ص ١٢١ .
وانظر المعارضين في الاخذ بالشفعة المناقشات في : مجموعة الاعمـال التحضيرية للقانون المدني المصري ــ ج ٦ ــ المرجـع السـابق ــ ص ٣٧٣ ــ ٣٧٤ .

(١٠٢) سالم عبيد النعمان ــ البحت السابق ــ ص ٢٤ .
يحيى الدراجي ــ البحث السابق ــ ص ٤٩ .

(١٠٣) السنهوري ــ الوسيط في شرح **القانون المدني ــ ج ٩ ــ المرجـع** السابق ــ ص ٤٧٩ــ٤٨٠/ محمد وحيدالدين سوار ــ المرجع السابق ــ هامش ص ٢٨١/ محمدعلي عرفة ــ الملكية في ظل الاشتراكيـة العربية ــ البحث السابق ــ ص ١١٥ ورقة عمل اصلاح النظام القانوني في العراق ــ الفصل الثاني المخصص للتشريعات المدنية ــ الاهـداف العـامة .

(١٠٤) محمدعلي عرفة ــ البحث السابق ــ ص ١١٥ .

وفي هدى ما تقدم ، استطيع القول انه مهما تباينت الاراء بشأن فكرة الشفعة وتبرير بقائها او الغائها او تحديد الاخذ بها ، فان الرأى الاصوب في نظرى هو الذى يساير المرحلة الاجتماعية والاقتصادية الجديدة التي تهدف الى تأكيد الحق الاجتماعي وتقديمه على حق الفرد • ولما كانت الشفعة كطريق من طرق كسب الملكية ما بين الاحياء تسمح بتوسع الملكيات الكبيرة (العقارية) وتحصرها بيد مالك فرد فانها تشكل عقبة تقف امام الاتجاه الاجتماعي في الاقتصاد العراقي الذى يهدف الى تفتيت الملكية الكبيرة ، وسيطرة الدولة وتدخلها وبروز القطاع العام في جميع المجالات • وعليه ، فان الضرورات الاجتماعية التي اثرت في حق الملكية وطبيعته في العراق تحتم الغاء النصوص الخاصة بالشفعة من القانون المدني العراقي • ان في وسعي ان اضيف الى الحجج التي ذكرها انصار الفريق الثاني الملاحظات التالية :ــ

(١) لقد صدر القانون المدني العراقي في وقت كانت تسود مجتمعنا النزعة الفردية والنظام الاقطاعي ، ولما كانت النصوص القانونية تمثل انعكاسا فوقيا لواقع الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في مجتمع ما وفي ظل فترة زمنية معينة ، فانه من الطبيعي جدا ان يفرد القانون المدني العراقي سبع عشرة مادة للشفعة • فقد كان الملاك والدائنون قبل ربع قرن في مراكز نفوذ وجهتها النصوص القانونية لخدمتهم وحماية مصالحهم ، وكان حق الشفعة وسيلة لتركيز الملكيات في ايدى رجال الاقطاع والملاك والدائنين •

اما الان ، وبعد تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لصالح المجتمع ، فان المصلحة العامة تتطلب استثمار الملكيات ووسائل الانتاج الاخرى باسلوب جديد يتفق والمرحلة الراهنة ، ولذلك فان بقاء نظام الشفعة يتعارض صراحة مع بناء الطبيعة الجديدة للملكية في القانون العراقي ، ويعطل الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ، خاصة وان وجود الملكيات الكبيرة او الاقطاعيات بيد فرد او قلة من الافراد سيؤدى حتما الى استغلال جهود الاخرين ، وهو امر غير مقبول في ظل مجتمع يهدف الى تحقيق البناء الاشتراكي •

(٢) ان الشفعة من الحقوق الضعيفة ، لان فقهاء الشريعة الاسلامية لم يستقر رأيهم على الاخذ بها(١٠٥) ، مما دفع المشرع السوري الى عدم الاخذ بها في تقنينه المدني بحجة ان الحياة الاجتماعية والاقتصادية في البلاد السورية لا تبرر الابقاء عليها(١٠٦) .

يضاف الى ما تقدم ، ان المشرع العراقي اتجه في تشريعاته الحديثة ، ومنها قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ ، الى تحديد الملكيات الخاصة تضييق نطاقها والى التأكيد على الاسلوب الجماعي كالتعاونيات الزراعية والمزارع الجماعيه ومزارع الدولة ، ونص صراحة على عدم جواز اخذ الارض الموزعه بحق الشفعة او حق الرجحان في الفقرة (و) من المادة ١٨ . الامر الذى يبرر القول بان بقاء الشفعة او حق الرجحان (بالنسبة للاراضي الاميرية المفوضة بالطابو) يخالف ما تهدف اليه هذه التشريعات الحديثة . والى (الغاء حق الرجحان والتضييق من حق الشفعة) اتجهت ورقة عمل اصلاح النظام القانوني في بيانها للاهداف العامة للتشريعات المدنية .

موقف القضاء العراقي :

لقد جارى القضاء المدني العراقي النصوص القانونية التي تتعلق بالشفعة دون ان يضيق من نطاقها ليساير بذلك الاوضاع الجديدة . فذهبت محكمة التمييز في قرار لها ، الى عدم اسقاط حق الشفعة شفويا لان اسقاط الشفيع لحقه في الشفعة لا يثبت الا بالبينة التحريرية اذا كانت قيمة المشفوع تزيد على عشرة دنانير(١٠٧) .

---

(١٠٥) تفصيل هذا الخلاف الفقهي بين فقهاء الشريعة الاسلامية :
زهدي يكن — الشفعة — المرجع السابق — ص ٨٤ .
السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدنى — ج ٩ المرجع السابق ص ٤٦٠—٤٦١ .

(١٠٦) محمد وحيدالدين سوار — المرجع السابق — هامش ص ٢٨١ .

(١٠٧) رقم الاضبارة ٢٣٨٥/ غير منقولة / ١٩٦٦ في ٢٣—١١—١٩٦٦ .
القضاء العدد الاول كانون الثانى السنة ٢٣ ، ١٩٦٨ وانظر ايضا :—
القرار رقم ٦٢٦/ حقوقية غير منقولة/ ١٩٦٩ في ٢١—١٢—١٩٦٩ .
قضاء محكمة التمييز — المجلد السادس — ص ٣١٠ .

كما ذهبت ايضا الى ان حق الشفعة لا يتجزأ(١٠٨) ، وانه اذا توافرت في مشتري العقار المشفوع الشروط التي تجعله شفيعا فيفضل على الشفعاء الذين من طبقته وان كان قد اشترى العقار المشفوع به قبل دقائق من شرائه العقار المشفوع(١٠٩) .

٣ ـ التقادم الطويل المكسب (الحيازة) .

نص القانون المدني العراقي في المادة ١١٥٨ على ما يأتي : (١ ـ من حاز منقولا او عقارا غير مسجل في دائرة الطابو باعتباره ملكا له او حاز حقا عينيا غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك او دعوى الحق العيني في احد ليس بذي عذر شرعي . ٢ ـ واذا وقعت الحيازة على عقار او حق عيني عقاري ، وكان غير مسجل في دائرة الطابو واقترنت الحيازة بحسن نية واستندت في الوقت ذاته الى سبب صحيح فان المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات. ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقي الحق ...)(١١٠) .

وقد رأى بعض الشراح ضرورة الغاء التقادم الطويل كسبب مكسب للملكيه ، بحجة انه يؤدى الى تدعيم المراكز غير المشروعة ، ويعترف بالغصب والتعدى على ملك الغير ، ولا شك في ان النظام الاشتراكي لا يقر الغصب كسبب مكسب للملكية(١١١) . الا ان الرأي عندي ، التفرقة بين الاموال العامة والاموال الخاصة .

---

(١٠٨) رقم القرار ٦٥٣/ حقوقية غير منقول / ١٩٦٩ ـ تاريخه ٢٧ـ٩ـ١٩٦٩ قضاء محكمة التمييز مجلد ٦ ـ ص ٣٠٦ .

(١٠٩) رقم القرار ٢١٣/ هيئة عامة اولى /١٩٧١ ـ تاريخه ٢٧ـ٥ـ١٩٧٢ النشرة القضائية ـ العدد الثاني السنة الثالثة نيسان ١٩٧٤ ص ٥١ .

(١١٠) تقابل نص المادة ٩٦٨ و٩٦٩ مدني مصري .

(١١١) محمدعلى عرفة ـ الملكية في ظل الاشتراكية العربية ـ البحث السابق ـ ص ١١٤/ نزيه محمد الصادق ـ الملكية في النظام الاشتراكي ـ ص ٦٢٧ ـ ٦٢٨ .

فالنوع الاول من الاموال ينبغي حظر تملكه من طريق التقادم الطويل المكسب ، لان خطط الدولة في مجال السياسة الزراعية من خلال تنفيذ نصوص الاصلاح الزراعي ونظام التعاونيات ، تفيد ان الدولة قد ترى توسيع الملكية الصغيرة او المتوسطة ، وقد ترى تجمع الارض في تعاونيات زراعية او تنشيء مزارع الدولة ، الامر الذى يتناقض وهذه الخطط اعتبار التقادم الطويل المكسب (الحيازة) احد اسباب كسب الملكية ما بين الاحياء ، خاصة وان هذا الطريق يؤدى الى عدم استقرار الاوضاع القانونية في الحياة الاجتماعية التي هي من اهداف النظام الاشتراكي . كما ان ورقة عمل اصلاح النظام القانوني في العراق اكدت على ان : (ترك او اهمال زراعة الارض — ايا كان صنفها — بدون سبب قاهر او مخالفة قواعد ومتطلبات خطط التنمية ، يعتبر تعطيلا لوظيفتها الاجتماعية يستوجب اعادة النظر في ملكية صاحبها على غرار قواعد الاغلال في الاراضي الاميرية)(١١٢) .

اما بالنسبة لكسب الملكية الخاصة من طريق التقادم الطويل ، فلا ضير من تملكها في رأيي ، لان اهمال المالك الاصلي وظيفة المال الاجتماعية ، بعدم استغلاله وتركه لحيازة الغير طوال المدة المذكورة في القانون ، خير دليل على عدم قدرته على مزاولة حقه . ومن يهمل او يتراخى في مزاولة هذا الحق يكون خارجا عن نطاق الحماية القانونية ، وينبغي ان يتحمل جزاء اهماله ، وافضل جزاءهو فقدانه حقه(١١٣) . لهذا فان الملكية الخاصة كما تسقط بعدم الاستعمال، تكسب بالتقادم المسقط سيما وان النظام الاشتراكي لا يقر فكرة الغصب اذا كان المالك الاصلي يقوم باداء الوظيفة الاجتماعية للحق لان الغصب يفضي عندئذ الى تعطيل هذه الوظيفة ، وبالتالي الاضرار بمصلحة المجتمع .

وتطبيقا لذلك ، قررت محكمة التمييز الموقرة بان المميز عليه في دعواه يدعى ان الدار موضوعة البحث ملكه وقد تملكها عن طريق الحيازة

---

(١١٢) الاهداف العامة للتشريعات المدنية في الفصل الثاني من ورقة العمل .

(١١٣) من هذا الاتجاه انظر : عبدالحي حجازي — البحث السابق — ص٢٨١ .

والانساء والتصرف مدة تزيد على مرور الزمن ، وان هذه الاسباب تصلح لدفع الدعوى التي تقام عليه وفق المادة ١١٥٨ مدني ولا تصلح للادعاء ، لهذا يكون الحكم بمنع معارضة وزارة المالية للمميز عليه من تسجيل القطعة المذكورة بأسمه مخالفة للقانون فقرر نقضه واعادته لمحكمته بغية اصدار الحكم برد الدعوى وترك الدار بيده لثبوت وضع يده عليها على اساس قضاء الترك[١١٤] • كما ذهبت المحكمة الجليلة في قرار آخر لها مفاده ان بينة مرور الزمن تعتبر حجة دامغة لا مثبتة ، وحيث ثبت وضع يد المدعى عليهم على القطعة المتنازع عليها وأيدوا بالبينة الشخصية تصرفهم ومورثهم مدة اكثر من مرور الزمن ولما كانت القطعة غير مسجلة لذلك كله يصبح الحكم الاستئنافي المميز موافقا للقانون فقرر تصديقه[١١٥] •

المطلب السادس

اسباب انقضاء حق التصرف

يعتبر حق التصرف في الاراضي الاميرية من اول الحقوق العينيةالاصلية المتفرعة عن حق الملكية في القانون المدني العراقي • وقد نص عليه المشرع في المواد (١١٦٩ــ١٢٤٨) • اما مصدره فيكون اما التفويض فتنشأ الاراضي الاميرية المفوضة بالطابو ، أو اللزمة فتنشأ الاراضي الاميرية الممنوحة باللزمة ، وتسمى الاراضي الباقية اميرية صرفة[١١٦] •

(١١٤) رقم القرار ٥٦٤/ حقوقية / ٥٧ الاعظمية ــ تاريخه ٢٤ــ٤ــ١٩٥٧ •
سلمان بيات ــ القضاء المدني العراقي ــ جـ ٢ ــ المرجع السابق ــ ص ٦١٢ •

(١١٥) رقم القرار ٧٥٥/ حقوقية / ٥٩ بغداد ــ تاريخه ١٨ــ٥ــ١٩٥٩ •
سلمان بيات ــ المرجع السابق ــ ص ٦١٤ •

(١١٦) شاكر ناصر ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٨ •
عبدالرحمن خضر ــ شرح القانون المدني ــ المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ــ ط ١ بغداد ١٩٥٣ ص ١٥ •

ان مظاهر الاتجاه الاجتماعي الذى يضمن اداء الوظيفة الاجتماعية للاراضي الاميرية تبدد في الاثار المترتبة على ترك استغلالها . فقد نص المشرع المدني العراقي في المادة ١٢٢٠ : على ان من طرق انقضاء حق التصرف انحلال الاراضي الاميرية . فالغالبية العظمى من الاراضى الزراعية فيالعراق هي في الاصل ملك للدولة ، وهي ما زالت تحتفظ بملكية الرقبة فيها . اما ما اعطي للافراد من حق التصرف فيها فهو تفويض بالطابو او منح باللزمة .

وعلى ذلك ، فان الغرض من اعطاء حق التصرف هو الاستمرار في استثمار الارض بزراعتها تحقيقا للنفع العام . الا ان هذا الحق ليس مطلقا وانما يرتبط بالغرض الاجتماعي الذى من اجله نشأ هذا الحق . فاذا انتفى هذا الغرض بترك زراعة الارض واهمالها ، انتفى الحق تبعا لذلك ويعود حق التصرف الى مالك الرقبة وهو الدولة[117] .

ان فقدان المتصرف حقه في التصرف بالاراضي الاميرية واعتبارها محلولة ، خير جزاء وضعه المشرع العراقي على ترك استغلال الارض وتعطيل وظيفتها الاجتماعية وفقا لما نصت عليه المادة (١٢٣٣ مدني)[118] . وما نص عليه المشرع في هذه المادة يجد اصوله التأريخية في الشريعة الاسلامية[119] .

وبالنظر الى اهمية هذا المبدأ فقد نصت عليه قوانين الاصلاح الزراعي العراقية ، كقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ في المادة ٢٨ المعدلة بالقانون رقم (٤٥) لسنة ١٩٦٣ ، وقانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ في الفقرة ب من المادة ١٣ بقولها : « كل ارض زراعية مفوضة بالطابو او ممنوحه باللزمة او موقوفة وقفا غير صحيح يثبت ان صاحبها لم يزرعها بنفسه او بغيره موسمين متتاليين بعد نفاذ هذا القانون دون عذر قانوني صحيح تعتبر محلولة

---

(١١٧) عبدالرزاق زبير ــ محاضرات في قانون الاصلاح الزراعي ــ متشار اليها ــ ص ٦٧ .

(١١٨) م ٢٠٦ من مشروع القانون المدنى العراقى ــ القسم الثانى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٤٤ .

(١١٩) انظر : ص ٩٦ ــ ١٠٠ من هذه الرسالة حول احياء الاراضى الموات في الاسلام .

وتسجل اميرية صرفة ... »[120] • كما قضى به قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٢٦٩ الصادر في ٢٢/٣/١٩٧٠[121] •

وبذلك يكون المسرع العرافي فد ساير النزعة الاجتماعية الجـديدة وضمن تأديه الوظيفة الاجتماعية ومصلحة الجماعة • فالارض لمن يخدمهـا وليس للمهمل شيء • وقد ذهب ديوان التدوين القانوني في قراره المرقم (ل ٣/١٣٦ في ٢٥/١/١٩٥٨) الى ان المتصرف في الارض الاميرية المفوضة بالطابو يفقد حق تصرفه هذا اذا لم يزرع الاراضي لا بالذات ولا بطريقـة الاجارة او الاعادة مدة ثلاث سنوات ...[122] •

يتضح مما سبق ، ان حق الملكية كما يسقط بعدم الاستعمال ، فـان حق التصرف في الأراضي الاميرية يسقط ايضا بعدم الاستعمال تمشيا مع الاتجاهات الحديثة في ضرورة استثمار الاموال وعدم تعطيل وظائفها •

بقي علينا استكمالا للبحث ان نتعرف على المظاهر المختلفة التي تبدو فيها الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ، في كل من منطقة الاسـتهلاك ، ومجال الخدمات العامة ، ونطاق الانتاج والاموال المعنوية •

المبحث الثاني

المظاهر المختلفة للوظيفة الاجتماعية لحق الملكية

اذا كانت الملكية حاجة فطرية ، فعلينا ان نتساءل عما اذا كانت الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ايا كان موضوعها ام انها تتفاوت بتفاوت مجالاتها •

---

(١٢٠) انظر في اجراءات حول الاراضى الاميرية المفوضة بالطابو والممنوحـة باللزمة والموقوفة وقفا غير صحيح : تعليمات المجلس الزراعى الاعلـى رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٣ •

(١٢١) نشر هذا القرار في جريدة الوقائع العراقيه عدد ١٨٦٠ في ٣-٣-١٩٧٠ •

(١٢٢) سلمان بيات ـ القضاء المدنى العراقي ـ المرجع السابق ـ ص ٦٦٠ •

وللاجابة عن ذلك يمكن القول بوجود اربعة مجالات تتفاوت فيها الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية • اولها ، مجال الاستهلاك الذى تكاد تختفي في نطاقه الوظيفة الاجتماعية وتبدو فيه الوظيفة الفردية وان نقيدت بوجوب الامتناع عن الاضرار بالآخرين • وثانيها ، مجال الخدمات العامة وفيه تبدو الوظيفة الاجتماعية في اوضح صورها • وثالثها ، مجال الانتاج • وفيه يلتزم المالك بتأدية حقوق المجتمع والفرد معا • ورابعها ، مجال حقوق المؤلف الادبية ، وفيه ينبغي التأكيد على حق المجتمع الى جانب الحق الفردى • وسيكون بحثنا في هذه المجالات موزعا على المطالب الآتية •

المطلب الاول

الوظيفة الاجتماعية في ملكية الاستهلاك

مهما تباينت الآراء حيال تنظيم ملكية الاستهلاك ، سواء بقصر بعض الفقهاء الاشتراكيين تدخل الدولة في حدود الرقابة والتوجيه او بأقرار بعضهم حق الدولة في الندخل بصورة تستطيع معها التملك والتأميم الى مدى محدود ترسمه المصلحة العامة ، او تسليم البعض الاخر بحق الدولة في التدخل المطلق في نطاق ملكية الاستهلاك ، شأنها شأن ملكية الانتاج[١٢٣] ، فأن غريزة الانسان الطبيعية فيالتملك ، تظل امرا لايجوز اغفاله ، ومنها تملك الاموال الاستهلاكية ، لان الملكية الشخصية والحياة لا انفصام بينهما ، كما تبن من قبل •

ان ملكية الاستهلاك تعني تملك الاموال التي تفي بحاجات الانسان السخصية ، كضرورات المعينة من مأكل ومسرب وملبس ومأوى ، ومايدخل

(١٢٣) عبدالباقي البكري ــ المرجع السابق ــ ص ٧١٨ .

في ذلك من المنقولات والاثاث اللازمة ، وكل المدخولات والمدخرات السخصية الاخرى[١٢٤] .

لقد رأى بعض الفقهاء بحق ، ان التنظيم القانوني للاموال التي اعدت للاستهلاك الفردى واشباع الحاجة الضرورية قليلة الاهمية فيما لو قورنت بالاموال الاخرى من نطاق الانتاج والخدمات العامة ، الا ان تدخل الدولة يقع في مجال التبادل المتعلق بهذه الاموال كتحديد الاسعار ومقدار ما يستربه الفرد ونوع ما يشتريه بغية الحد من الاسراف وتنظيم الاستهلاك بما يفيد الجميع[١٢٥] .

فالقانون لا يتدخل في استعمال المالك اموالا اعدت لطعامه وشرابه واشباع حاجياته السخصية . ولهذا السبب نجد ان فكرة الوظيفة الاجتماعية للكية هذه الاموال لاتبدو الافي حدود ضرورتها للفردكعضو في الجماعة ، وتظل بعدئذ حقا ذاتيا لا يكون للمصلحة الاجتماعية شأن بها ، وتبرز فكرة الحق بأظهر صورها في مجالها[١٢٦] . وتلك حقيقة تقرها جميع النظم الاقتصادية ومنها النظام الاشتراكي في الاتحاد السوفييتي[١٢٧] ، الا انها تقيد بعدم الاضرار بحقوق المجتمع في كل الاحوال .

اما في العراق ، فان الحكومة الوطنيه الحالية اقدمت على اصدار عدة قرارات هدفها زيادة القدرة الشرائية للمواطنين ، تأكيداً لحقوقهم في اشباع حاجاتهم الاستهلاكية وتحقيقا للعدالة الاجتماعية[١٢٨] . كما انشأت مجلسا أعلى لتنظيم التجارة الداخلية والخارجية بموجب القانون رقم ٢٠

---

(١٢٤) السنهوري — الوسيط في سرح الفانون المدنى — ج ٨ — المرجع السابق — ص ٥٦٣ .

(١٢٥) عبدالحي حجازي — البحث السابق — ص ٢٧٦ .

(١٢٦) السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدنى — ج ٨ المرجع السابق ص ٥٦٣/ عبدالحى حجازي — البحث السابق — ص ٢٧٦ .

(١٢٧) انظر نص المادة (١٠) من دستور الاتحاد السوفييتي لسنة ١٩٣٦ .

(١٢٨) راجع القرارات الصادره عن مجلس قيادة الثورة والمنشورة فيالوقائع العراقية عدد ٢٣٢٠ في ١٧—٢—١٩٧٤ .

لسنة ١٩٧٠ مهمته رسم السياسة التجارية بما يكفل تطوير وحماية الاقتصاد الوطني ويمنع الاحتكار والتلاعب بالاسعار ويعمل على توفير السلع والخدمات للمواطنين بأسعار معتدلة[١٢٩] . ثم اصدرت لهذا الغرض قانون دعم وموازنة الاسعار رقم ١٠١ لسنة ١٩٧٤ الذى استهدفت الدولة منه رفع مستوى المعيسة واستقرار حالة السوق واسهام الدولة في تحمل العبء المالي الناتج عن تخفيض او موازنة الاسعار بالنسبة للمواد الضرورية التي انيط تسعيرها بالجهاز المذكور[١٣٠] .

يتضح من ذلك ان مصلحة الجماعة تبدو باهتة في مجال ملكية الاموال الاستهلاكية المعدة لاشباع الحاجات الضرورية للفرد . اذ يبرز في منطقتها الحق الذاتي الذى تؤكده كل الدول وتعمل على حماية حق المواطن في استهلاك امواله على الوجه الذى يريد بالتصدى لاى اعتداء يقع عليه ايا كان مصدره . الا ان كلا من الاشباع والحماية ينبغي ان لا تلحق ضررا بمصلحة المجتمع .

المطلب الثاني

الوظيفة الاجتماعية في ملكية الخدمات العامة

تشمل ملكية الخدمات العامة عدة مجالات . منها التعليم والصحة والمرافق العامة من ماء وكهرباء وغاز ومواصلات . وتتميز جميعها بطابع اجتماعي . ولذلك ، فان الوظيفة الاجتماعية لملكية الخدمات العامة تبدو في اوضح صورها ، ويكون للدولة في نطاقها الشأن الاكبر وللتأميم المجال

---

(١٢٩) البكري ــ المرجع السابق ــ ص ٧٤٧ وقد نشر قانون تنظيم التجارة الداخلية والخارجية في جريدة الوقائع العراقية ــ عدد ١٨٤٣ السنة ١٢ في ٢٣ــ٢ــ١٩٧٠ .

(١٣٠) انظر الاسباب الموجبة لقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٧٤ المنشور في الوقائع العراقية عدد ٢٣٨٤ في ٦ــ٨ــ١٩٧٤ .

الاوسع(١٣١) • ضمانا لتوافرها لجميع افراد السعب ورعايـة للعدالـة في توزيعها • والحق ان المصلحة الاجتماعية تهيمن بصورة واضحة في مجال هذه الخدمات مما يجعل امر اناطة هذه الخدمات بالدولة امرا ضروريـا ، سيما وان ارتباطها بالدولة يحقق أفضل النتائج للخطة الاقتصادية ، لهذا فلا يحسن ابدا ان يعهد بها الى الافراد او شركات القطاع الخاص •

- لذلك فقد حرص الدستور العراقي المؤقت لسـنة ١٩٧٠ والتقـرير السياسي الصادر عن المؤتمر القطرى الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي عام ١٩٧٤ على الوفاء بحاجات طبقات السعب من الخدمات العامة ، فنصـا على مجالات متعددة لها ، اشير الى اهمها فيما يلي • وهما : ملكية الخدمات العامه الصحية وملكية الخدمات العامة في نطاق التربية والتعليـم والبحث العلمـي •

اولا ــ مجال الصحة العامة :

ان ملكية الخدمات الصحية لابد ان تبقى بيد الدولة والدولة وحدها، لهيمنة المصلحة الاجتماعية ووضوحها في هذا المجال • فلا يتصور ان تدار هذه الخدمات من قبل الافراد دون ان تهدف الى الربح على حساب مصلحة المجتمع • فالملكية هنا ذات وظيفة اجتماعية بحتة لاهميتها القصوى في حياة الشعوب ، مما يوجب على الدولة جعلها في متناول ايدي ابناء الشعب جميعا وخاصة ابناء القرى والارياف • ولهذا نص الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ في المادة ٣٣ منه على انه : « تلتزم الدولة بحماية الصحة العامة عـن طريق التوسع المستمر بالخدمات الطبية المجانية ، في الوقاية والمعالجة والدواء، على نطاق المدن والارياف » •

والواقع ، ان الحكومة الوطنية الحالية ، اصدرت عـدة قـوانين ،

---

(١٣١) السنهوري ــ جـ ٨ المرجع السابق ــ ص ٥٦٣ .

وافدمت على العديد من الخطوات تطويرا للخدمات الصحية وتقديما لافضل الخدمات التشخيصية والعلاجية ومراعاة الارتقاء بنوعيـــة تدريب وتهيئـــة الايدى العاملة لتكون بمستوى الخدمات[١٣٢] • ولعل اهم هذه القوانين ، قانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٧٠ وقانون ذيل قانون التأمين الصحي في الارياف رقم ١٣١ لسنة ١٩٦٣ الذى يعد خطوة لانقاذ الريف العراقي من بؤر الجهل والفقر والمرض وتوفير أفضل الخدمات الصحية[١٣٣] •

كما ان من اهم الانجازات التي تحققت في قطاع الخدمات الطبيـــة ، اصدار قانون مؤسسة مدينة الطب رقم ١٥٤ لسنة ١٩٧٠ الذى وفر افضل الخدمات الصحية وأحسن المجالات للتدريب الطبـــي والبحث العلمـــي في العلوم الطبية[١٣٤] • واكمالا لهذه الخطوة صدر قانون تفرغ الاطبـــاء في مؤسسات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم ١ لسنة ١٩٧٢[١٣٥] •

يتضح مما تقدم ، ان المصلحة الاجتماعية تقتضي سيطرة الدولة عـــلى منطقة الصحة العامة تحقيقا لغايتها الاجتماعية بصورة سليمة وتوفيرا لأفضل الطرق العلاجية بأسعار زهيدة ، الامر الذى يحتم عليها تأميم القطاع الطبي والخدمات الطبيه وتعميم فكرة العيادات الطبية الاستشارية خاصه بعد عودة العديد من الاطباء وفقا لقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٧٤ الخاص برعاية اصحاب الكفاءات العلميـــــة[١٣٦] •

---

(١٣٢) التقرير السياسى للمؤتمر القطرى الثامن ــ المرجع السابق ــ ١٣٦ •

(١٣٣) الوقائع العراقية ــ عدد ١٨٥٨ السنة ١٢ في ٢٦ــ٣ــ١٩٧٠ •
انظر المادة ٣٩ من سياسة حزب البعث العربى الاشتراكى التى اقرها الدستور الاول الصادر عام ١٩٤٧ كما أقره المؤتمر القومى الاول حول سياسة التحول الاشتراكى لحزب البعث العربى الاشتراكى ــ بيروت ــ دار الطليعة ــ ط ١ ، ١٩٧٣ ص ٧ •

(١٣٤) نشر فيجريدة الوقائع العراقية عدد ١٩٠٢ السنة ١٣ في ٣٠ــ٧ــ١٩٧٠•

(١٣٥) نشر في جريدة الوقائع العراقية عدد ٢٠٨٢ السنة ١٤ في ٨ــ١ــ١٩٧٢•

(١٣٦) نشر في جريـــدة الوقـــائع العراقيـــة عـــدد ٢٤١١ السـنه ١٧ في ٤ــ١١ــ١٩٧٤ •

ثانيا ــ منطقة التربية والتعليم والبحث العلمي :

تتميز ملكية الخدمات العامة في نطاق التربية والتعليم والبحث العلمي بطابعها الاجتماعي الواضح ، وتظهر وظيفتها الاجتماعية ودورها الهام من خلال نصوص الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ الذى كفل التعليم المجاني في مختلف مراحل الدراسة للمواطنين مجانا(١٣٧) ، كما نص على ان الدولة تكفل حرية البحث العلمي ، وتشجع وتكافيء التفوق والابداع وسائر النشاطات الفكرية والعلمية والفنية ومختلف مظاهر النبوغ الشعبي(١٣٨) ، من اجل رفع المستوى العلمي والثقافي العام في العراق(١٣٩) ،

ان المصلحة العامة تبدو بارزة في نطاق الاموال ذات المنفعة الثقافية ، حيث لا يتصور ادارة يتولاها الافراد تحقق هذه المصلحة الا في نطاق ضيق جدا(١٤٠) ، ولذلك يقع على عاتق الدولة تقديم هذه الخدمات ، ولان تعليم المواطنين يكلف نفقات باهظة لا قبل للكثير من افراد الشعب بها ، وانه لولا قيام الدولة بتذليل العقبات في طريق التعليم لما استطاع كثير من الفقراء الوصول الى اقصى مرحلة في التعليم يمكن ان يبلغها الفرد بمواهبه الذاتية العقلية(١٤١) ، هذا فضلا عن ان التعليم يقوم على فلسفة سياسية واجتماعية واقتصادية ترسمها الدولة وتتولى الاشراف على تطبيقها ، وقد نص دستور حزب البعث العربي الاشتراكي الذي أقره المؤتمر القومي الاول ــ نيسان ١٩٤٧ ــ في مادته السادسة والاربعين على ان : (التعليم بكل مراحله مجاني

---

(١٣٧) الفقرة (ا) من المادة ٢٧ من الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ وانظر ايضا قرارات رفع القدرة الشرائية للمواطنين ومجانية التعليم التى صدرت في ٧ــ٢ــ١٩٧٤ ونشرت بجريدة الوقائع العراقية عدد ٢٣٢٠ في ١٧ــ٢ــ١٩٧٤ .

(١٣٨) فقرة (ب) من المادة ٢٧ من الدستور العراقى المؤقت لسنة ١٩٧٠ .

(١٣٩) م ٢٨ من الدستور .

(١٤٠) عبدالحى حجازي ــ الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ــ البحث السابق ــ ص ٢٧٦ .

(١٤١) السنهوري ــ جـ ٨ ــ حق الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ٥٦٥ .

للمواطنين جميعا والزامي في مراحله الابتدائية والثانوية) ، وانه (تؤسس مدارس مهنية مجهزة بأحدث الوسائل ، والدراسة فيها مجانية) (م ٤٧)(١٤٢).

لما كانت الوظيفة الاجتماعية في ملكية الخدمات العامة لا تتحقق على وجه صحيح الا اذا احتكرت الدولة وحدها توزيع هذه الخدمات ، فان الحكومة الوطنيه الحالية خطت عدة خطوات في سبيل تحقيق هذه الوظيفة. منها انشاء وزارة خاصة للتعليم العالي والبحث العلمي بالقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٧٠(١٤٣) ، ومنها اصدار قانون محو الامية رقم ١٥٣ لسنة ١٩٧١ ، ومنها قيام وزارة التربية بالغاء اجازات المدارس التي يملكها القطاع الخاص واعتبرتها رسمية بموجب قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٠٣ لسنة ١٩٧٤ .

المطلب الثالث

الوظيفة الاجتماعية في ملكية الانتاج

اذا كان المشرع العراقي يعترف بالملكية الخاصة للاموال الانتاجية ونظمها في حدود معينة موضحا وسائل حمايتها ، الا انه اوجب في الوقت نفسه عدم استثمارها بصورة لا تتفق والتخطيط الاقتصادى العام ، كما نص على ملكية الشعب العامة لادوات الانتاج الرئيسة . فقد نص الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ في الفقرة ب من المادة (١٦) على ما يلي : « الملكية الخاصة والحرية الاقتصادية الفردية ، مكفولتان في حدود القانون وعلى اساس عدم استثمارها فيما يتعارض او يضر بالتخطيط الاقتصادى العام » . كما نص في الماده (١٣) على الملكية العامة لادوات الانتاج والثروات الطبيعية، بقوله : « الثروات الطبيعية ووسائل الانتاج الاساسية ملك الشعب .

---

(١٤٢) حول سياسة التحول الاشتراكى لحزب البعث ــ المرجع السابق ــ ص ٩ .

(١٤٣) نشر بجريده الوقائع العراقية ــ عدد ١٨٩٣ السنه ١٢ ، ١٩٧٠ .

تستثمرها السلطة المركزية في الجمهورية العراقية استثمارا مباشرا وفقـــا لمقتضيات التخطيط العام للاقتصاد الوطني » .

والواقع ان امكانات ونساط الدولة في نطاق الانتاج ، اوسع كثيرا من امكانات الافراد ، خاصة في مجال الصناعات الثقيلة والتجــارة الخارجيــة والمسروعات الاخرى التي تتطلب رأسمال ضخما أولا تدر ربحا الا على المدى الطويل . حيث يكون من الافضل ان يحل القطاع العــام محــل القطــاع الخــاص[١٤٤] ، وان جاز الابقاء على القطاع الخاص في مجالات يحددهــا القانون على ان يخضع لاشراف وتوجيه القطاع العام في الوقت الحاضر . وقد اعلن التقرير السياسي للمؤتمر القطرى الثامن لحزب البعث العــربي الاشتراكي في مواضع عدة عن اتباع النهج الاشتراكي في البناء الاقتصادى والاجتماعي في العراق ، على النحو الذى سأبينه فيما بعد .

ان من الواضح ، ان الوظيفة الاجتماعية تنصب على الاموال التي تهم المصلحة العامة الى جانب مصلحة الفرد ، وان خير ضمان لتحقيق المصلحــة العامة هو وضع القيود التي تكفل القيام بهذه الوظيفة ، لان تركها او تعطيلها او التهرب منها يلحق ضررا بحق الجماعة . وسأتطرق بالبحث فيمــا يــلي لبعض مجالات الانتاج في النظام القانوني العراقي بقدر تعلق الامر بموضوع الرســالة .

أولا ــ القطــاع الزراعي :

بالرغم من وجود العديد من النواقص والاخطاء التشريعية في قــانون الاصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ ، حيث كان من المفروض الانتهاء من عمليات الاستيلاء والتوزيع خلال خمس سنوات ولكن ذلك لم يحدث رغم

(١٤٤) السنهوري ــ ج ٨ ــ حق الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ٥٦٥ــ٥٦٦ .

مرور ما يزيد على هذه المدة[١٤٥] ، فان القانون المذكور حرص في المادة (٣٠) منه على ضمان تأدية الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة للاراضي الزراعية بنصه على ما يأتي : « يعاقب بالحبس لمدة لا تتجاوز سنة واحدة او بغرامة لا تقل عن مائة دينار او بكلتا العقوبتين فضلا عن جواز مصادرة البدل النقدي للارض الخاضعة للاستيلاء كلا او جزءا : (١) — ••••• (٢) — كل صاحب ارض خاضعة للاستيلاء تعمد اضعاف كفاءتها الانتاجية او افساد ملحقاتها بقصد تفويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها • (٣) — كل من انقطع بدون عذر صحيح عن زراعة الارض الخاضعة للاستيلاء مخالفا بذلك حكم الفقرة الاخيرة من المادة الرابعة » •

وقد جاء قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ مليئا بالعديد من المبادىء والاسس الجديدة التي لم يتضمنها القانون السابق ، سد بها الكثير من النواقص والاخطاء التشريعية والتنفيذية السابقة • فحدد الملكية الزراعية بحد اقصى لا يمكن تجاوزه الا في البساتين تشجيعا للبستنة وحفاظا عليها لجزء مهم من الثروة الوطنية (م ٢ فقرة جـ) • واعتبر الارض الزائدة عن الحد الاقصى آيله الى الدولة بمجرد صدور القانون ولكنه اعتبرها مؤجرة الى اصحابها اعتبارا من الموسم الزراعي الشتوى او الصيفي الذى يلي نفاذه حتى يتم الاستيلاء عليها وتسلمها من قبل الاصلاح الزراعي (م ٦)• والغى حق التعويض وحق اختيار الملاك ما يرومون تملكه من ارض تنفيذا للقانون بصورة صحيحة وتحقيقا لمصلحة جموع الفلاحين[١٤٦] • واتجه الى

---

(١٤٥) سعدون حمادي — نحو اصلاح زراعي اشتراكي — المرجع السابق — ص ١١ •
عبدالوهاب مطر الداهري — اقتصاديات الاصلاح الزراعي — المرجع السابق — ص ٢٥٧/ الاسباب الموجبه لقانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ •

(١٤٦) الاسباب الموجبة لقانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ • التقرير السياسي — ص ١١٤ ، عدل قانون الاصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ في ٢٠—٥—١٩٦٩ •

تأكيد مبدأ التوزيع الجماعي على الفلاحين الى جانب التوزيع الفردى (م ١٦) انطلاقا من ضرورة ايجاد ثورة زراعية في القطر تعتمد تجميع الطاقات تحقيقا للانتاج الواسع(١٤٧) • وهدف الى تعميم مزارع الدولة وجعلها تلعب دورا قياديا مؤثرا في القطاع الزراعي ، وتحويلها الى مزارع نموذجية تستخدم احدث الوسائل العلمية تطبيقا للمباديء الاشتراكية في الريف(١٤٨) •

لقد اعطى قانون الاصلاح الزراعي الاخير حق الاولوية في توزيع الاراضي للزارع الفعلي في ارض الاصلاح الزراعي المراد توزيعها ضمانا لتأدية وظيفتها الاجتماعية • ولهذا فان وزارة الاصلاح الزراعي حددت مفهوما خاصا للملكية الناتجة عن التوزيع مفاده ان التصرف في الارض وظيفة اجتماعية متأثرة في ذلك بالرأى الاستشارى الذى صدر عن مكتب الشؤون القانونية في وزارة الاصلاح الزراعي والذي قضى بما يلي : « •••• ما ينتقل الى ورثة الموزع عليه المتوفى من القطعة الموزعة وفق احكام الانتقال الواردة في القانون المدني هو ما احدثه المتوفى في الارض الموزعة عليه من منشآت ومغروسات استنادا لما جاء في الفقره الثالثة من المادة ٢٦ من قانون الاصلاح الزراعي عندما نص على اعطاء الارض لتوزع عليهم بموجب المادتين ١٨ ، ١٩ منه دون بدل فد اعتبر التصرف في الارض وظيفة اجتماعية وعدل بذلك قواعد القانون المدني بهذا الشأن ••• »(١٤٩) • يضاف الى ما تقدم أن قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ في المادة (١٣/ب) وتعليمات المجلس الزراعي الاعلى رقم ٦٢ لسنة ١٩٦٣ في

(١٤٨) انظر قانون مصلحة مزارع الدولة رقم ١٤١ لسنة ١٩٧٥ نشر بجريدة الوقائع العراقية عدد ٢٤٩١ في ٢٩-٩-١٩٧٥ •

وانظر التقرير السياسى للمؤتمر القطري الثامن - المرجع السابق - ص ١١٦ - ١١٧ •

(١٤٩) رأي استشاري - غير منشور - صادر في ٥-١-١٩٧١ عن مكتب الشؤون القانونية في وزارة الاصلاح الزراعى عدد ٧٦ •

المادتين (٣٤ و ٣٥) فرضت العقوبة على من يترك زراعة الارض الاميرية المفوضة بالطابو أو الممنوحة باللزمة أو الموقوفة وفقا غير صحيح موسمين زراعيين متتاليين بعد ٣٠ــ٥ــ١٩٧٠ ، اذ تعد الارض محلولة وفق أحكام الفقرة (ب) من المادة (١٣) تقييدا لسلطة المالك في استعمال ملكه وجزاء على اهماله اداء وظيفة الارض الاجتماعية .

ثانيا ــ القطاع الصناعي :

يعتبر القطاع العام في مجال الصناعة قاعدة اساسة في تطوير البلاد وتحقيق التحول الاشتراكي بعد توسع نطاق الملكية الاجتماعية لوسائل الانتاج الرئيسة منذ ثورة الرابع عسر من تموز عام ١٩٥٨ وما نبع ذلك من قيامه بالدور القيادى للقطاعين الخاص والمختلط تنفيذا لعملية التنمية ، مع تهيئة الظروف التي يستطيع القطاع الخاص فيها تحقيق الدور المرسوم له(١٥٠).

ان الوظيفة الاجتماعية للملكية وسائل الانتاج لا تتحق بصورة سليمة ومضمونه الا بسيطرة الدولة في هذا النطاق ، وتوجيه نشاط القطاع الخاص في مجال الصناعات غير الثقيلة على نحو يكون بعيدا عن الاحتكار ويخدم المصلحة العامة . اما بالنسبة للصناعات الثقيلة والقطاعات الاخرى الرئيسة في الانتاج ، فلا يجوز تركها الى المبادرات الفردية فالنقل بانواعه والمواصلات السلكية واللاسلكية وصناعة النفط والثروات المعدنية الاخرى وغيرها ، تقع على الدولة وحدها مسؤولية القيام بها ضمانا لتأدية دورها الاجتماعي الذى يهم جميع المواطنين . وهذا ما نص عليه الدستور في المادة ١٣ كما بينا .

ان السماح للافراد بتملك بعض وسائل الانتاج، كما في نطاق الصناعات الخفيفة ، مقيد بوجوب اداء المالك الوظيفة الاجتماعية للملكية وتحقيق

وبحسن بي قبل ان اسوق رأيي في الموضوع ، ان ابادر الى القول ان

(١٥٠) قانون خطة التنمية القومية للسنوات ١٩٧٠ــ١٩٧٤ ــ منشور بجريدة الوقائع العراقية عدد ١٨٦٢ ص ١٢٨ .
ميثاق العمل الوطني الذي اعلنه السيد رئيس الجمهورية في ١٥ تشرين الثاني ١٩٧١ التقرير السياسى للمؤتمر القطري الثامن ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٦/١١٧ــ١٢٠ .

المصلحة العامة ، كما ان الاعتراف ببعض المبادرات الفردية في هذا المجال وحمايتها مقرون بالخضوع لتوجيه القطاع العام ورقابتـه المستمرة(١٥١) . ذلك لان جودة الانتاج وتجنب الاستغلال لابد له من رقيب ، وخير رقيب لذلك هو الدولة(١٥٢) .

ثالثا ــ القطاع التجاري :

يرى بعض الفقهاء ان التجارة ، وهي وسيلة لايصال السلعة من المنتج الى المستهلك ، لابد لها من حافز ذاتي لاتتعاشها وهو الربح المادي ، الامـر الذي ينبغي ان يسود فيه النشاط الفردي بوجه عام ، وقد يكمله في بعض النواحى نشاط الدولة(١٥٣) .

والى خلاف ذلك يذهب بعض الكتاب ممن يرى ان السياسة التجارية في العراق ينبغي ان تستهدف التأميم السامل لقطـاع التجـارة الداخليـة والخارجية ، المفرد والجملة . اى تحقيق سيطرة القطاع العام الكاملة عليها، وكل قول يخالف ذلك يعد من باب غياب الخطة وضياع الهدف(١٥٤) .

اما البكري فيرى ضرورة الحـد من نمـو العناصـر الرأسـمالية في ميدان التجارة عن طريق فرض الضرائب التصاعدية وشراء المواد الاوليـة واحكام الرقابة والتوجيه وتنظيم عمليات الانتاج وتثبيت الاسعار وتقليص القطاع الخاص في التجارة الداخلية مع اخضاعه لاشراف الدولة دون القضاء عليه في المرحلة وسيطرة القطاع العام على التجارة الخارجية(١٥٥) .

---

(١٥١) نزيه محمد الصادق ــ المرجع السابق ــ ص ٦١٩ .
السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدنى ــ ج ٨ المرجع السابق ــ ص ٥٦٦ــ٥٦٧ .

(١٥٢) السنهوري ــ المرجع السابق ــ ص ٥٦٦ــ٥٦٧ .

(١٥٣) السنهوري ــ الوسيط في سرح القانون المدنى ــ ج ٨ ــ المرجـع السابق ص ٥٦٦ .

(١٥٤) صفاء الحافظ ــ القطاع العام وآفاق التطور الاشتراكى في العراق ــ دار الفارابى بيروت ١٩٧١ ص ٤٠٣ .

(١٥٥) عبدالباقى البكري ــ المدخل لدراسة القانون والشـريعة الاسلاميـة ــ ج ١ ــ ص ٧٤٢ .

القطاع التجارى يضم نساطين رئيسين هما : التجارة الخارجية ، التي تنسمل تجـارة الاستيراد والتصدير ، والتجارة الداخلية • وكل من النسـاطين يلعب القطاع العام فيهما دورا بارزا في الاقتصاد العراقي ، يؤكد ذلك توزيع وزارةالاقتصاد علىوزارتيناحداهما للتجارةالداخليةوثانيتهما للتجارةالخارجية، بفعل توسع سيطرة الدولة في هذه المجالات(١٥٦) •

لذلك اعتقد ان تحقيق الوظيفة الاجتماعية بصورة صحيحة ، وضمان المصلحة الاجتماعية ، لايمكن ان تتحقق الا بسيطرة الدولة الكاملة على جميع نشاطات القطاع التجارى ، على ان تقوم بفتح اكبر عدد ممكن من مراكز البيع المباشر للسلع والبضائع ، لبيعها بأسعار معقولة تتناسب مع المستوى المعاسي للغالبية العظمى من الافراد • الا ان هذا لا يعني القضاء التـام على وكلاء القطاع العام من الوسطاء ، اذ لابد من ان يستمر دورهم في المرحلة الراهنة كقنوات توزيعية وحلقة وصل بين المؤسسات الانتاجية والتسويقية للفطاع العام وبين جمهور المستهلكين •

أخلص مما تقدم الى القول ان الملكية حق ذاتي في نطـاق الامـوال الاستهلاكية من الحاجات الضروربة للانسان لا يطلب فيها من المالك سوى الامتناع عن الاضرار بالاخربن ، والى انها ترنبط بالخطـة وتؤدى الغايـة الاجتماعية في نطاق الخدمات العامة التي يقع على الدولة وحدها واجب القيام بها لمساسها المباشر بمصالح مجموع المواطنين • اما ملكية وسائل الانتاج ، فان ما يخضع لتملك الافراد منها ينبغي وضع رقابة الدوله المعالة عليه لتحقيق النفع العام وضمان تجنيده لتنفيذ الخطة الاقتصادية للدولة وتأدية الوظيفة الاجتماعية ، اما ما يكون تحت سيطرة الدولة من وسائل الانتـاج فتؤدى وظيفته الاجتماعية مباشرة لصالح المواطنين •

---

(١٥٦) من الاجراءات التى مهدت لذلك حل المؤسسة العامة للتجارة وانشاء المؤسسة العامة لتجارة السلع الاستهلاكية ، والمؤسسة العامة لنجارة السلع الانتاجية / جريدة الوقائـع العـراقيـة / عـدد ٢٤٤٨ في ٨–٣–١٩٧٥ •

المطلب الرابع

الوظيفة الاجتماعية لحقوق المؤلف الادبية

اذا كان الغالب في الحقوق ورودها على شيء مادى محسوس ، فان هناك من الحقوق ما يرد على اشياء غير مادية وتسمى الملكية المعنوية . الا ان هذه التسمية لم يؤيدها بعض الفقهاء ممن انكر هذا التقسيم ، بحجة انها تتنافى مع الدقة العلمية لان جميع الحقوق في رأيهم بما فيها حق الملكية ، تعد من الحقوق غير المادية لانها غير محسوسة ولا تدرك الا بالفكر ، ولان التمييز بين المادي وغير المادى انما يرد على الاشياء لا على الحقوق[157] . ومع ذلك فان الحقوق المعنوية تعترف بها اكثر القوانين المعاصرة . لذلك يحسن بي ان اتكلم بأيجاز في الملكية الادبية وما لها من وظيفة اجتماعية .

لقد كانت فرنسا من الدول التي اخذت بوضع الحماية القانونية على حقوق المؤلفن والفنانين الادبية ، بعد ان كانت حقا مباحا للكافة ونهبا للجميع ، وكان ذلك عام ١٧٩١ م حين تم تشريع قانون يحمي حقوق المؤلفين المسرحيين . ثم صدر قانون في ١٩ يوليو سنة ١٧٩٣ م شمل بحمايته جميع الادباء والفنانين . واعقب ذلك اصدار عدة تشريعات تضمن للفنانين والمؤلفين والعلماء والباحثين حقوقهم[158] . وقد صدر كذلك تشريع في انجلترا نص على اسباغ هذه الحماية في عام ١٨١٠ وصدر نظير له في امريكا عام ١٨١٣[159] .

---

(١٥٧) من انصار هذا الرأى :ـ
السنهوري ـ جـ ٨ ـ حق الملكية ـ ص ٢٧٤ ـ ٢٧٥ .
محمدعلي عرفة ـ سرح القانون المدني الجديد في حق الملكية . المرجع السابق ـ ص ٥١٠ .
جميل الشرقاوى ـ الحقوق العينية الاصلية ـ المرجع السابق ـ ص ٢٠٢ .

(١٥٨) محمدعلى عرفة ـ المرجع السابق ـ ص ٥٠٠ـ٥٠١ .
السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص ٢٨٣ .

(١٥٩) السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص ٢٨٣ هامش رقم ١ .

اما في العراق ، فقد كان قانون حق التأليف العثماني الصادر عام ١٣٢٦هـ

هو النافذ في عهد الدولة العثمانية وظل نافذا حتى ٢١/١/١٩٧١ ، ثم الغي بموجب المادة (٥٠) من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١[١٦٠] . ويفهم من ذلك ان حقوق المؤلفين والادباء والفنانين وغيرهم لم تخضع لاية حماية قانونية قبل عام ١٣٢٦ هـ وانما كانت حقا مباحا لكل شخص . الا ان الجزاء الادبي بالاستهجان والشعور الاجتماعي بالسخط كان يوقع على كل من يقدم على سرقة اشعار غيره او فنه او مؤلفه ، ويعد السارق عارا على قبيلة المعتدى .

ان السؤال الذى يطرح هنا يتعلق بتحديد المؤلف المشمول بالحماية ؟ وبالوظيفة الاجتماعية لحقوق المؤلف الادبية في ظل قانون حماية حق المؤلف العراقي الصادر سنة ١٩٧١ م .

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة الاولى من قانون رقم ٣ لسنة ١٩٧١ على ان المؤلف المشمول بحماية القانون المذكور ، للمصنفات التي تبتكر في مجال الاداب والفنون والعلوم ... هو من ينشر المصنف بأية وسيلة كانت بأسمه الحقيقي او المستعار الذى لا لبس فيه او بأشارة معينة او علامة او عنوان يتخذه بصورة تميز المصنف عن غيره . اما المصنفات المشمولة بالحماية فقد عددتها المادة الثانية من القانون ، وهي التي يكون مظهر التعبير عنها بالكتابة او الصوت او الرسم او التصوير او الحركة ،... باستثناء بعض الحالات المنصوص عليها صراحة لاهميتها . كما يلاحظ ، ان للمؤلف بعد نشر مصنفة حقين : احدهما معنوي وله كل خصائص الحقوق الملازمة للشخصية ، والثاني مالي له كل خصائص الحقوق المالية كجواز الحجز عليه او انتقاله الى الورثة وغيرها[١٦١] .

---

(١٦٠) نشر في جريدة الوقائع العراقية ــ عدد ١٩٥٧ ــ في ٢١ــ١ــ١٩٧١ .
(١٦١) محمدعلى عرفة ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠٩ــ٥١٠ .

وجدير بالذكر ، ان الفقه الفرنسي ذهب الى اعتبار الحق الادبي للمؤلف حقا مطلقا • فأخرج هذا الحق من نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، بحجة ان لهذا النوع من الحقوق حدودا موضوعية معينة تحديدا دقيقا تغني عن الدوافع والبواعث التي تفيدها نظرية التعسف في استعمال الحق ، على نحو يستعصي على القضاء تقدير الدوافع في نطاق هذه الحقوق مما يقتضي ترك استعمالها لمحض تقدير اصحابها(١٦٢) •

وقد تأثر المشرع العراقي بما ذهب اليه بعض الفقهاء الفرنسيين واعتبر حقوق المؤلف الادبية حقوقا مطلقة لا تخضع لنظرية التعسف في استعمال الحق • فجاء في المادة السابعة من قانون حماية حقوق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ ما يلي : للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر المصنف ، وكذلك كان حكمه بالنسبة لحق نسبة المصنف وتعديله • فقد قصر القانون حق ممارستهما على المؤلف والواقع ، ان هذا الاتجاه ينزع نزعة فردية ، تتنافى والاتجاه الجماعي الذى نفذ الى كثير من نصوص القوانين العربية • فقد اغفل المشرع العراقي فيما ساقه من احكام لحقوق المؤلف الاشارة الى الوظيفة الاجتماعية لحقوقه الادبية • ذلك لان المؤلف مدين للمجتمع بما ابدع او انتج او ابتكر ، ما دامت آراؤه ليست خلقا مستقلا له وانما ترتبط بآراء وافكار غيره ممن سبقه وعاصره وتتفاعل مع ظروف المجتمع وقيمه ، الامر الذى يقتضي من المشرع العراقي وضع النصوص القانونية التي تنظم هذا الحق على نحو يراعى فيه حق المجتمع في حقوق المؤلف الادبية والفنية ويربطه بالوظيفه الاجتماعية لهذا الحق ابتغاء تحقيق الانسجام بينه وبين واقع التحولات الاشتراكية التقدمية الذى ترسي اسسه ثورة تموز عام ١٩٦٨ الوطنية القومية التي أبت ان يعتمد بناؤها الاقتصادي والاجتماعي والسياسي على تقديس الحقوق واطلاقها •

---

(١٦٢) فتحى الدريني ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٠ •

لذلك ارى ان من حق الدولة التدخل في الحالات الضرورية التي تقتضي فيها المصلحة العامه الافادة من العمل الابداعي وذلك من طريق شراء حق المؤلف وتولي نشره بين أوسع الجماهير بسعر متهاود . ولذلك فان ما نصت عليه المادة التاسعة من القانون بقصر مدة الحماية على ثلاث سنوات بعد قيام الغير بنشر العمل الابداعي او ترجمته ، هي النظرة الاجتماعية للحقوق التي تتلخص في ان للمجتمع حقا على المصنف المبتكر اضافة الى حق المؤلف او المترجم . فالحقوق اصبحت في كثير من الدول نسبية ولم تعد تحمل صفات التقديس والاطلاق والمنع والجمع .

ولما كان قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ قانونا استمد المشرع العراقي احكامه من قانون حماية حق المؤلف المصرى لسنة ١٩٥٧ الذى تأثر في احكامه بالقوانين الفرنسية ذات الصبغة الفردية التي صدرت في اعوام ١٧٩١ و ١٩٠٣ و ١٩١١ ، فأنني ارى ان على المشرع العراقي اعادة صياغة احكام القانون المذكور بما يساير التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التقدمية التي يمر بها قطرنا ، بغية التأكيد على المصلحة العامة واقرار غلبتها على المصالح الذاتية في نطاق هذا النوع من انواع الملكية .

الباب الثاني

المبادئ التي تنظم الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي

تمهيد :

ان اعتبار الملكية الخاصة حقا ذاتيا وحقا اجتماعياً يرتبط استعماله بتحقيق المصلحة العامة بعد انحسار النظرة الرومانية القديمة التي كانت تضفي صفة الاطلاق والتقديس على حق الملكية ، جعلها تخضع في كل من الشريعة الاسلامية والنظام القانوني العراقي لمبادىء تولت تنظيمها ، فقد اعتبرت الملكية وسيلة لتحقيق التكافل الاجتماعي في المجتمع الاسلامي بمقتضى عدد من الادلة ، وخضعت لكثير من القيود الشرعية فرضت تحقيقا لمصلحة عامة او لمصلحة خاصة اولى بالرعاية من مصلحة المالك ، الى جانب القيود التي تشترطها الارادة لتحد من سلطات المالك في استعمال ملكه . وقد تأثر المشرع العراقي في نظامه القانوني بما قررته الشريعة الاسلامية من مبادىء نظمت حق الملكية على نحو يوفق بين مصالح الجماعة وحقوقها ومصلحة الفرد . ولهذا سأقسم هذا الباب الى فصلين . أتناول في اولهما بيان المبادىء التي تنظم الملكية في الشريعة الاسلامية . وأخصص ثانيهما لبيان المبادىء التي تنظمها في القانون العراقي .

الفصل الأول

المبادئ التي تنظم الملكية في الشريعة الاسلامية

ذكرت فيما تقدم ان الملكية الخاصة في الشريعة الاسلامية وسيلة لتحقيق غاية وليست غاية في حد ذاتها • فهي من الوسائل التي تسهم في تحقيق التكافل بين المسلمين في الاسرة والمدينة والدولة ، لقيام الدليل على ذلك من القرآن والسنة النبوية والاجماع والمعقول •

وسأتناول في هذا الفصل بيان القيود الواردة على حق الملكية ، الشرعية منها والارادية • فأوضح موقف الشريعة الاسلامية من كل من نزع الملكية لاغراض النفع العام والتأميم والتزامات الجوار التي تعد قيدا على الملكية الشخصية والخاصة معا ، وغيرها من القيود الاخرى • ولذلك فسأوزع هذا الفصل على مبحثين افرد اولهما للتأكيد على ان الملكية وسيلة لتحقيق التكافل الاجتماعي ، واعقد ثانيهما لبيان القيود الشرعية والارادية التي تقيد حق الملكية •

المبحث الاول

الملكية وسيلة لتحقيق التكافل الاجتماعي

ان المقصود بالتكافل الاجتماعي في المجتمع الاسلامي هو التعاون والتساند والتآزر بين الافراد لتحقيق سعادة الامة ودعم كيانها، فهو نظام يربط بين الحاجات المادية والمعنوية[1] ، ويفرض على الفرد واجبا تجاه غيره من الافراد ونجاه الجماعة ، ذلك لان تقدم الامة الحضارى وقوتها يقاسان بما تحققه من تضامن بين افرادها وما تبلغه من تطور علمي ورفاه مادي[2] ، ان فحوى التكافل الاجتماعي هو احساس كل فرد في المجتمع بحقوق وواجباته ونضامنه مع افراد مجتمعه لما يؤدى اليه ضعف هذا الاحساس من اضعاف الاسس التي يقوم عليها كيان المجتمع وتعريضه للتحلل والانهيار[3] ،

ان مبدأ التكافل الاجتماعي يعد اساسا لتقييد الحقوق في الشريعة الاسلامية فقد حدد الاسلام وسائل الكسب المسروعة وحث على العمل وطلب الرزق وقرر الاحتكام الى مبدأ التكافل الاجتماعي عند تعذر حصول الفرد على وسائل الكسب والعمل باعتباره مبدأ قضت الادلة بتقريره في جميع جوانب الحياة، ونهت عن استعمال الحقوق على النحو الذى يخل به[4] ،

لقد جاءت النصوص القرآنية والاحاديث النبوية الشريفة وادلة شرعية اخرى ، تؤكد ضرورة امتثال الناس الى اوامر السرع ونواهيه وتنفيذ ماقصده

---

(١) محمد فاروف النبهان ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٤ ،

(٢) حسن خالد ــ الاسلام والتكافل المادي في المجتمع ــ بيروت دار العباد بدون سنة نشر ص ١٥ ،

(٣) محمد ابو زهرة ــ التكافل الاجتماعي في الاسلام ــ المرجع السابق ــ ص ٧ ،

(٤) فتحى الدرينى ــ الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥ وما بعدها ،
عبدالباقي البكري ــ المرجع السابق ــ ص ٧٨١ ،
محمد البهي ــ الفكر الاسلامي والمجتمع المعاصر ــ بيروت ــ منشورات المكتبة العصرية ــ ١٩٦٧ ص ٣٣٩ ،

السارع من تكافل في نطاق الاسرة والقرية والمدينة والدولة ، كما حددت المصارف لموارد هذا التكافل • ان الاحاطة بهذا الموضوع تقتضيني بيان هذه المسائل في مطالب ثلاثة ، هي الآتية :ـ

المطلب الاول

ادلــــة التكافــل

الدليل لغــة ما فيه دلالة واشارة الى امر من الامور • فهو ما يستدل به على الاسياء[٥] • اما اصطلاحا فهو ما يتوصل بصحيح النظر فيه الى حـكم شرعي • ان مبدأ التكافل الاجتماعي في الشريعة الاسلامية تقره عدة ادلة ، بعضها من المنقول (كالقرآن والسنة بانواعها والاجماع) وبعضها من المعقول• وسأبين ما اكدته هذه الادلة فيما يلي :

اولا ـ الادلة من المنقول :

يقصد بهذه الادلة الاحكام السرعية التي وردت في نصوص القــرآن الكريم وسنة الرسول (ص) قولية او فعلية او تقريرية ، وبما اسفر عنه اجماع الصحابة في امر من الامور • وسأشير الى هذه الادلة على التعاقب فيما يلي :ـ

الدليل الاول ـ القرآن الكريم :

يعد كتاب الله تعالى قمة ادلة الاحكام الشرعية ، ومرجعها جميعا ، واصل الأصول • فلا خلاف بين جميع المسلمين في انه حجة قطعية الثبوت عـــلى جميع البسر وانه المصدر الاول للتشريع ، والبرهان على حجيته انه من عند الله ، والبرهان على انه من عند الله اعجازه لفظا ومعنى وروحا[٦] •

---

(٥) لسان العرب ـ لابن منظور ـ المجلد الاول ـ لبنان دار صادر ـ دار بيروت ١٩٥٥ ص ١٠٠٦/ تاج العروس من جواهر القاموس ـ لمحب الدين ابى الفيض محمد مرتضى الحسينى الواسطي الزبيدي مجلد/٧ بدون سنة نشر ص ٣٢٥ .

(٦) عبدالباقي البكري ـ المرجع السابق ـ ص ٥٣٣ وما بعدها .
عبدالكريم زيدان ـ الوجيز في اصول الفقه ـ المرجع السابق ـ ص ١٢٤/ محمد الخضري ـ اصول الفقه ـ ط ٤ القاهرة ـ مطبعـة السعادة ١٩٦٢ ص ٢٣٠ وما بعدها .

ولما كان القرآن الكريم اصل الاصول ، تستند اليه بقية ادلة الاحكام في وجودها وتسنمد حجيتها منه ، فقد كان من الطبيعي ان ينص على ترسيخ أسس مبدأ التكافل الاجتماعي بين المسلمين . وقد اوضحت الآيات الكريمة ذلك في مختلف مجالات الحياة ، فجاء عنه تعالى في سورة النساء قوله :ــ

« واعبدوا الله ولا تسركوا به سيئا وبالوالدين احسانا ، وبذى القربى واليتامى والمساكين ، والجار ذى القربى والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت ايمانكم ان الله لا يحب من كان مختالا فخورا . الذين يبخلون ويأمرون الناس بالبخل ويكتمون ما اناهم الله من فضله واعتدنا للكافرين عذابا مهينا ، والذين ينفقون اموالهم رئاء الناس ولا يؤمنون بالله واليوم الآخر ، ومن يكن السيطان له قرينا فساء قرينا . وماذا عليهم لو آمنوا بالله واليوم الاخر وانفقوا مما رزقهم الله وكان الله بهم عليما »(٧) .

وقوله تعالى (انما المؤمنون اخوة)(٨) ، (واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا)(٩) ، وقوله سبحانه في سورة آل عمران « ولا تكونوا كالذين

زكي الدين شعبان ــ اصول الفقه الاسلامي ــ القاهرة ــ مطبعة دار التأليف ١٩٦٤/١٩٦٥ ص ٣٣ .

محمد يوسف موسى ــ الفقه الاسلامى ــ ط ٣ القاهرة دارالكتاب العربي ــ ١٩٥٨ ص ١٧٦ .

رسدي محمد عليان ــ العقل عند السيعة الامامية ــ اطروحة مقدمة لجامعة الازهر لنيل درجه الدكتوراه في السريعة الاسلامية ــ ط ١ بغداد مطبعة دار السلام ١٩٧٣ ص ١٦ .

محمد اديب صالح ــ مصادر التشريع الاسلامى ومناهج الاستنباط ــ المطبعة التعاونية ١٩٦٨ ص ٥١ ــ ٥٢ .

عزالدين عبداللطيف بن ملك ــ سرح منار الانوار في اصول الفقه ــ المطبعة العثمانية ١٣١٤ هـ ص ٧ .

محمد صديق حسن خان ــ حصول المأمون من علم الاصول ــ مطبعة الجوائب القسطنطينية ١٢٩٦ هـ ص ٣٨ــ٣٩ .

(٧) آية رقم ٣٦ــ٣٩ .

(٨) الحجرات ــ آية رقم ١٠ .

(٩) سورة آل عمران ــ آية رقم ١٠٢ .

تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءتهم البينات »[10] ، و « اطيعوا الله والرسول ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم)[11] .

ان هذه النصوص القرآنية تؤكد بما لا يقبل النسك على عبادة الخالق وطاعة اوامره ، وبالاحسان الى الوالدين ، وبانفاق المال وعدم اكتنازه ، وبحسن المعاملة في الروابط مع المسلمين . وتؤكد ان التفرقة وعدم التضامن في السراء والضراء ، وعدم التمسك بقصد السارع ، اضرار بمصالح الامة واضعاف لها . ولهذا السبب اوصى الخالق سبحانه وتعالى بضرورة الدعوة الى الخير والامر بالمعروف والنهي عن المنكر وضرورة التعاون على البر والتقوى . فقال تعالى في سورة آل عمران « ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر »[12] ، وقال سبحانه في سورة المائدة (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان)[13] .

ان المقصود بالبر في الاية الكريمة ، حسن المعاملة وطيب العسرة ومكارم الاخلاق والابتعاد عن المنكر . كما يعني اللفظ ، الانفاق والبذل في وجوه الحق والخير . وقد استعمل ايضا بمعنى العبادة من صلاة وزكاة ، واستعمل بمعنى آخر هو مجموعة الفضائل النفسية والاعتقادية والخلقية[14] . اما التقوى ، فقد ذهب بعض علماء الشريعة الى القول انها تعني العفو والتسامح. ولكن اللفظ جاء ايضا بمعنى الصدق والحق ، وبمعنى الجهاد بالمال والنفس[15] . وذهب بعض الفقهاء بحق ، الى ان المقصود به التمسك بالفضائل وترك المنكرات وان في التعاون على تركها دعما للتضامن من على فعل الخيرات[16] .

(١٠) آية رقم ١٠٥ .
(١١) الانفال — آية رقم ٤٦ .
(١٢) آية رقم ١٠٤ .
(١٣) آية رقم ٢ .
(١٤) مصطفى السباعي — اشتراكية الاسلام — الدار القومية للطباعة والنشر ١٩٦٠ ص ١١٢–١١٣/ الدريني — الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده — المرجع السابق — ص ٢٠٤ .
(١٥) مصطفى السباعي — المرجع السابق — ص ١١٢–١١٣ .
(١٦) تفسير القرآن العظيم — لعمادالدين ابى الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي ج ٢ ط ١ — بيروت دار الاندلس ١٩٦٦ ص ٤٧٦ .

ويعد انفاق الاموال في وجوه الخير تنفيذا لامر الخالق واداءا لرسالة الاموال في تحقيق المصلحة الاجتماعية . فقد جاء في سورة آل عمران قوله تعالى (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وما تنفقوا من شيء فان الله به عليم)[١٧] ، وقوله سبحانه (مثل الذين ينفقون اموالهم في سبيل الله كمثل حبة انبتت سبع سنابل في كل سنبلة مائة حبة والله يضاعف لمن يشاء والله واسع عليم)[١٨] .

يتضح من ذلك ، ان النصوص القرآنية تجعل من الاخوة مبدأ جوهرا يحكم المجتمع ، وعنه تتفرع المبادىء الاخرى التي تهدف الى اقامة مجتمع فاضل متماسك البنيان . فالشريعة الاسلامية لا تعول في تكوين المجتمع على الجنسية او العنصرية او الطائفية او الطبقية او الاقليمية ، لتعارض كل منها مع ما للشريعة من عمومية وخلود ، ولما تفضي اليه من اضعاف مبدأ التكافل الاجتماعي او هدمه[١٩] . فالتمايز بين المسلمين لا يكون الا بمدى تنفيذ الشخص قصد الشارع ومدى ايمانه وتقواه وصلاح اعماله وبلائه في خدمة الاسلام .

الدليل الثاني ــ السنة النبوية الشريفة

تعد السنة النبوية الشريفة الدليل الثاني من ادلة الاحكام الشرعية ،

---

(١٧) آية رقم ٩٢ .

(١٨) سورة البقرة ــ آية رقم ٢٦١ .

(١٩) مصطفى السباعي ــ المرجع السابق ــ ص ١١١ــ١١٢ .

عبدالمنعم الصده ــ دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي في المعاملات المالية ــ ج ١ ــ المرجع السابق ــ ص ٦٣ــ٦٤/ فتحي الدريني ــ المرجع السابق ــ ص ٢٢٦ .

حسن خالد ــ المرجع السابق ــ ص ١١ / عبدالباقي البكري ــ المرجع السابق ــ ص ٧٨٣/ محمود محمود نافع ــ البحث السابق ــ ص ٢٥/ عبدالحليم الجندي ــ البحث السابق ــ ص ٦١/ الخياط ــ المرجع السابق ــ ص ١٨٤ ــ ١٨٥ .

استنادا الى الآيات القرآنية الصريحة والاجماع ودليل العقل[20] • ولما كان الاسلام دينا وقانونا ، غايته حسن التنظيم الاجتماعي والسمو بالنفس الانسانية واقامة المجتمع على اسس التكافل والوئام ، فان القيام بالواجبات والتكاليف الاجتماعية ، ورسوخ روح الالفة والتآخي والتضحية والتسامح تسهم في تحقيق هذا التكافل• ولهذا فان السنة النبوية بأنواعها (القولية والفعلية والتقريرية)[21] ، حثت على التعاون والتعاطف والانفاق في وجوه البر • وقد وصف الرسول (ص) المسلمين بالجسد الواحد تعبيرا عن وحدة المجتمع

---

(٢٠) يراد بالسنة لغة الطريقة والسيره أو المورد ، وفي الشرع يراد بها ما أمر به الرسول (ص) ونهى عنه وندب اليه قولا وفعلا أو تقريرا ولهذا يقال في ادلة الشرع : الكتاب والسنة .

لسان العرب ــ لابن منظور ــ مجلد ٢ دار صادر دار بيروت ١٩٥٥ ص ٢٢٢/ محمد تقي الحكيم ــ الاصول العامة للفقه المقارن ــ الكتاب الاول بيروت دار الاندلس ١٩٦٣ ص ١٢١ وما بعدها / الامام الغزالي ــ المستصفى من علم الاصول ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٩/ عبدالباقي البكري ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥٠/ رشدي عليان ــ المرجع السابق ــ ص ١٧ وما بعدها / عمر عبدالله ــ سلم الوصول لعلم الاصول ــ ط ٢ الاسكندرية ــ مؤسسة المطبوعات الحديثة ــ ١٩٥٩ ص ١٦٣ وما بعدها .

جودة هلال ــ الاستحسان والمصلحة المرسلة ــ بحث منشور في اسبوع الفقه الاسلامي ومهرجان الامام ابن تيمية ــ المجلس الاعلى لرعاية الفنون والاداب والعلوم الاجتماعية ــ القاهرة ١٩٦٣ ص ٢٣٧ــ٢٣٨ / عبدالرحمن الصابوني ــ اصول الفقه الاسلامي ــ ط ٢ ، ١٩٦٦ ص١٢٢ وما بعدها .

(٢١) تفصيل هذه الانواع ــ عبدالباقي البكري ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥٠ وما بعدها .

عبدالكريم زيدان ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٣ وما بعدها .

عبدالمقصود شلتوت ــ نظرية التعسف في استعمال الحق ــ البحث السابق ــ ص ٢٣٦ــ٢٣٧/ محمد معروف الدواليبي ــ المدخل الى علم اصول الفقه ــ ط ٥ مطابع دار العلم للملايين ١٩٦٥ ص ٣٢ وما بعدها .

الاسلامي وتكافل افراده[٢٢] ، بقوله الشريف : (المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا)[٢٣] .

ان احاديث الرسول (ص) التي رويت عنه فيما يخص الحث على التعاون والتعاطف وترك المنكرات وترسيخ مبدأ الاخوة لاقامة مجتمع مثالي متضامن يرتكز على دعامتين : تقدم مادي وسمو روحي ، كثيرة منها قوله (ص) «ترى المؤمنين في تراحمهم وتوادهم وتعاطفهم كمثل الجسد اذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى)[٢٤] ، وقوله (ص) « المسلم اخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه من كان في حاجة اخيه كان الله في حاجته ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة »[٢٥] . وروى عنه (ص) في باب الرحمة والصلة قوله الشريف (من لا يرحم الناس لا يرحمه الله)[٢٦] ، (ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويعرف شرف كبيرنا)[٢٧] . وقوله الكريم (المسلم اخو المسلم لا يخونه ولا يكذبه ولا يخذله . كل المسلم على المسلم حرام عرضه وماله ودمه التقوى ههنا بحسب امرىء من الشر ان يحتقر اخاه المسلم)[٢٨] .

اما في باب الوصية بالجار فقد جاء عن ام المؤمنين عائشة (رض) ان رسول الله (ص) قال (ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت انه

---

(٢٢) فؤاد عبدالهادي نويره ــ المرجع السابق ــ ص ٦٢ــ٦٣ .
(٢٣) صحيح مسلم بشرح النووي ــ ج ١٦ ــ بدون سنة نشر ص ١٣٦ .
صحيح الترمذي ــ ج ٨ ط ١ مطبعة الصاوي ــ مصر ١٩٣٤ ص١١٥
(٢٤) صحيح مسلم ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٠ .
(٢٥) صحيح مسلم ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٤ ــ ١٣٥ .
(٢٦) صحيح الترمذي ــ المرجع السابق ــ ص ١١٠ .
(٢٧) صحيح الترمذي ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٨ .
(٢٨) صحيح الترمذي ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥ .

سيورنه)[٢٩] ، و (من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يؤذي جاره ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الاخر فليقل خيرا او يصمت »[٣٠] .

يتضح من ذلك ، ان الاحاديث النبوية شملت جوانب الحياة الانسانية في كل عصر ومكان ، وهدفت الى بناء مجتمع قوامه التعاون والتكافل في استغلال موارده واستثمارها ، وفي النهي عن المنكر والامر بالمعروف، وركيزته السمو بالنفس والتنظيم الاجتماعي السليم ، ذلك المجتمع الذى لا ينكر حق الجماعة ولا يطلق العنان لحريات الفرد او يهدرها ، وانما يوازن بين الحقوق والمصالح العامة والخاصة ويؤكد على الجانب الاجتماعي فيها . هذا فضلا عن تأكيد الرسول (ص) على المساواة التي تعد من أسس العدالة الاجتماعية . فقد روى عنه (ص) : (الناس سواسية كأسنان المشط) و (المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم ادناهم ، وهم يد على من سواهم)[٣١] . وانه لا فضل لشخص على آخر الا بالتقوى .

الدليل الثالث ـ اجماع الصحابة[٣٢]

يعتبر الاجماع ثالث ادلة الاحكام الشرعية ، واول المصادر التبعية التي تستمد حجيتها من القرآن والسنه . واذا كان فقهاء المسلمين قد اختلفوا في

(٢٩) صحيح الترمذي ـ ج ٨ المرجع السابق ـ ص ١٢٤ .
سنن ابى داود ـ لابي داود سليمان بن الاشعث بن اسحاق الازدي السجستاني ج ٢ ط ١ ـ القاهرة ـ مطبعة مصطفى البابي الحلبى ـ ١٩٥٢ ص ٦٣١ .

(٣٠) سنن ابى داود ـ المرجع السابق ـ ص ٦٣١ .

(٣١) عبد المقصود شلتوت ـ البحث السابق ـ ص ١٥٥ .
الخياط ـ المرجع السابق ـ ص ١٨٣ ـ ١٨٤ .

(٣٢) الاجماع لغة يفيد معنيين : الاول ـ العزم والتصميم كما ورد في القرآن الكريم قوله تعالى (فأجمعوا امركم وشركاءكم) ، والثاني ـ يفيد الاتفاق على امر من الامور . والاجماع اصطلاحا هو اتفاق

اقراره ومدى الاخذ به بعد عهد الصحابة ، الا ان ما تم الاجماع عليه من احكام ، منسهود له بالصحة والاعتبار • والحق ان الاجماع دليل هام يعين في الوصول الى معرفة الاحكام الشرعية للوقائع الجديدة التي توجد بفعل التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية • ولانه لا سبيل الى ديمومة السريعة ومبادئها وتطورها بعد انقطاع الوحي ووفاة الرسول (ص) الا بالاجماع وغيره من سبل الاجتهاد[٣٣] •

والواقع ان الاجماع قد حصل في عهد الصحابة بعد وفاة الرسول (ص) في عدة مناسبات كان الهدف منه الحفاظ على وحدة المجتمع الاسلامي وتنفيذ المقصد العام للشرع • ففي (عام الرمادة) اتفق ائمة المسلمين بعد وفاة الرسول (ص) على التكافل في الشدة التي حلت في زمن أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب (رض) والتي نشأت عن القحط والمجاعة • فقد أثر عنه (رض)

ائمة المسلمين في عصر من العصور بعد وفاة الرسول (ص) على حكم شرعي ممكن الاجتهاد فيه ويجب ان يسند الى الكتاب والسنة .
عبدالباقي البكري — المرجع السابق — ص ٥٧١ .

عبدالكريم زيدان — الوجيز في اصول الفقه — المرجع السابق — ص ١٤٧ .

محمد الخضري — المرجع السابق — ص ٢٢٩/ زكي‌الدين سعبان — المرجع السابق — ص ٨٢ وما بعدها / الغزالى — المسصفى من علم الاصول — المرجع السابق — ص ١٧٣ .

محمد صديق حسن — المرجع السابق — ص ٦٦ .

محمد تفي الحكيم — المرجع السابق — ص ٢٥٥ وما بعدها .

(٣٣) عبدالباقي البكري — المرجع السابق — ص ٥٧٨/ عبدالرحمن الصابونى — المرجع السابق — ص ٤٠١/ محمد معروف الدواليبى — المرجع السابق — ص ٥٠—٥١ .

عمر عبدالله — المرجع السابق — ص ٢٦٤ .

بدران ابو العينين بدران — الشريعة الاسلامية — ١٩٧٣ ص ٢٠٢ .

قوله : «والله لا اله الا هو ، ما احد الا وله في هذا المال حق اعطيه وامنعه، وما احد احق به من احد ، وما انا فيه الا كأحدكم ، ولكنا علـى منازلنا في كتاب الله عز وجل وقسمنا من رسول الله (ص) ، فالرجل وبلاؤه في الاسلام ، والرجل وغناؤه في الاسلام ، والرجل وحاجته في الاسلام ، والله لئن بقيت ليأنين الراعي بحبل صنعاء حظه في هذا المال وهو يرعى مكانه »[٣٤] .

ومن الامور التي تم فيها اجماع الصحابة زمن الخليفة عمـر (رض) ، مسألة توزيع الاراضي على المسلمين الفاتحين للعراق والشـام . حيث رأى عمر (رض) ووافقه بعض الصحابة عدم توزيعها على الفاتحين مراعاة لاوضاع ملاكها ومن يخلفهم واجمعوا على وقفها على المسلمين وصيرورة رقبتها لبيت المال ، مع تركها بيد ملاكها لاستغلالها والانتفاع بها لقاء ضريبة عرفت بأسم الخراج الذى شكل موردا مستمرا لبيت المال[٣٥] ، حجرا اساسا في بنـاء التكافل الاجتماعي .

ان اجماع الصحابة وفي مقدمتهم عمر (رض) واقتناعهم بذلك استند الى المصلحة المرسلة[٣٦] . فما دامت مصلحة المسلمين تقتضي امرا ، توافرت

---

(٣٤) سيره عمر بن الخطاب لابي الفـرح الجـوزي ـ طبعـة دار الكتـب التجاريه بمصر ـ بدون سنة نشر ص ٨٧ نقلا عن عبدالعزيز الخياط ـ المرجع السابق ـ ص ٧٦-٧٧ .

(٣٥) عبدالرحمن الصابونى ـ المرجع السابق ـ ص ٤١٣ .
زكى الدين سعبان ـ المرجع السابق ـ ص ١٠٣-١٠٤ .
محمد الخضري ـ المرجع السابق ـ ص ٣٢ .

(٣٦) المصلحة لغة الصلاح وقد اختلف علماء الاصول في تعريفها فهي عند الغزالي المحافظة على مقصود الترع وعند الخوارزمي المحافظة علـى مقصود الترع بدفع المفاسد عن الخلق وعند ابن تيمية هى ان يرى المجتهد ان هذا الفصل يجلب منفعة راجحة وليس في الشرع ما يمنعه. للتفصيل انظر :
جودة هلال ـ البحث السابق ـ ص ٢٦١ وما بعدها .
صبحى الصالح ـ الاستحسان والمصلحة المرسلة ـ بحث منشـور

الحجية للاجماع عليه واستمرت حتى تزول المصلحة التي يناط تقدير أمر وجودها من عدمه بولي الامر .

ان الوقائع التي حصل فيها الاجماع بين الصحابة عديده ، وقد كان الغرض منها جميعا الحفاظ على أسس التكافل بين جميع المسلمين . الا انني اكتفي بذكر هاتين الواقعتين ، لانتقل الى بيان ادلة التكافل من المعقول بعد ان ذكرت ادلة التكافل الثلاثة من المنقول .

ثانيا ـ ادلة من المعقول(٣٧)

لقد عرف الفلاسفة والفقهاء جيدا مقام العقل واهميته وفضله ، ورجعوا اليه في جل امورهم ، فهو القائد المرشد ، والآمر الناهي في رأي بعضهم(٣٨) .
وقد احترم علماء الشريعة الاسلامية العقل واستعانوا به في تنظيم الامور الدينية والدنيوية ، الا انهم تفاوتوا في مدى الاخذ به . فقال بعضهم ، كالمعتزلة والشيعة الاصوليين(٣٩) ، بسلطانه المطلق في كل المسائل . ورأى

في اسبوع الفقه الاسلامى ومهرجان الامام ابن تيمية ـ القاهره ١٩٦٣ ص ٢٩٤ .

M. Umaruddin — istihsan and maslih-E- Mursala.

بحث منشور في اسبوع الفقه الاسلامى ومهرجان الامام ابن تيمة ـ القاهره ـ ص ٣٥٠ـ٣٥١ .

(٣٧) المعقول لغه هو التثبت في الامور فسمى العقل عقلا لانه يعقل صاحبه عن الورط في المهالك أي يحبسه .
لسان العرب ـ لابن منظور ـ مجلد / ١١ دار صادر ـ دار بيروت ١٩٥٦ ص ٤٥٨ ـ ٤٥٩ .

(٣٨) رشدي محمد عرسان عليان ـ المرجع السابق ـ ص ٧٩ .

(٣٩) رشدي عليان ـ المرجع السابق ـ ص ٧٤/ ويلاحظ بان المقصود بالمعتزلة هي تلك الفرقة التي نشأت في أواخر العهد الاموي والتي اختلف العلماء في وقت ظهورها الا انها سميت بهذا الاسم لاعتزال (واصل بن عطاء) مجلس الحسن البصري العلمى ، وذهب البعض الاخر الى أسباب اخرى لهذه التسمية ، ومع ذلك فان طريقتهم في الاستدلال على العقائد كانت بالعقل .

البعض الاخر ، كالشيعة الاخباريين والماتريديين[٤٠] ، ان له سلطة محدودة في ادراك الحسن والقبح ، والثواب والعقاب في الامور الدينية[٤١] ، دون سلطة الامر والنهى •

ان المقصد العام للشريعة الاسلامية هو المصلحة الانسانية العليا ، لقوله تعالى : (وما ارسلناك الا رحمة للعالمين)[٤٢] • وقد جاءت كل النصوص الشرعية ، آيات كريمة او احاديث شريفة ، تؤكد هذه الغاية وهي تحقيق المصلحة الاجتماعية • وبسبب ذلك اجاب اعرابي عندما سئل : لم

محمد ابو زهرة ـ تاريخ المذاهب الاسلامية ـ ج ١ في السياسة والعقائد ـ دار الفكر العربي ـ بدون سنة نشر ص ١٤٥ ، ١٥٣ •

اما الشيعة الاصولية (المجتهدون) فهم فرقة من الشيعة الامامية الاثنى عشرية اقتصروا في مجال الاجتهاد واستنباط الاحكام على العقل، فأجازوا الاجتهاد والتقليد ورفعوا العقل الى درجة الدليل في اصول الدين وفروعه فهم كالمعتزلة في هذا الخصوص . لان العقل والشرع عندهم متلازمان .

رشدي عليان ـ المرجع السابق ـ ص ٨٣ـ٨٤ •

(٤٠) الشيعة الاخبارية فرقة من الشيعة الجعفرية الاثنى عشرية اقتصروا في مجال الاجتهاد واستنباط الاحكام على الاخبار الواردة في الكتب الموثوقة في نظرهم وتمسكوا بظواهرها ، على اعتبار ان تلك الاخبار الواردة مقطوعة الصدور عن الائمة رغم ما فيها من تعارض واختلاف، وبالتالى منعوا الاجتهاد وهاجموا علم الاصول ومنعوا التقليد •

تفصيل ذلك ـ رشدي عليان ـ المرجع السابق ـ ص ٨٤ •

اما الماتريديون ـ فهم اتباع ابى منصور محمد الماتريدي من الاصناف الذين رأوا ان الاشياء لها حسن أو قبح ذاتى يدركه العقل، وان للعقل سلطانا كبيرا ، ولكنه يمارسه بارشاد الشرع •

تفصيل ذلك ـ محمد ابو زهرة ـ تاريخ المذاهب الاسلامية ـ المرجع السابق ـ ص ٢٠٧/٢١١/ محمد تقي الحكيم ـ الاصول العامة للفقه المقارن ـ المرجع السابق ـ ص ٢٩٨ •

(٤١) عليان ـ المرجع السابق ـ ص ٨٤ ـ ٨٥ •
محمد تقي الحكيم ـ المرجع السابق ـ ص ٢٩٨ •

(٤٢) سورة الانبياء ـ آية ١٠٧ •

آمنت بمحمد ؟ فقال « ما رأيت محمدا يقول في أمر أفعل والعقل يقـول لا تفعل ، وما رأيت محمدا يفول في امر لا تفعل والعقل يقول أفعل »(٤٣) .

ولهذا فان دليل العفل يؤكد بما لا يقبل السك التكافل الاجتماعي في المجتمع الاسلامي ويبين لنا ان المجتمع السليم هو الذى يرتبط افراده برباط ونيق من التعاون والضامن والمودة ، وباحتـرام الكبير ورعايـة الصغير ، ويسوده الاخاء والعدل الاجتماعي . ولكي يظل المجتمع قوبـا لابـد من تعزبز قوته وتقدمه نحو الافضل ، لان انحلال الامة من انحـلال المجتمع ، وانحلال الاخير يتبع نفكك الاسرة . وفي تمسك الافراد بالمبادىء الاسلامية وتطبيفها وفقا لقصد السارع ما يحقق قوة الامة ونهضتها . واذا دب السقاق والفرقة والانانية ، وضعفت النفوس والذمم وسادت الاعراف السيئة ، كان ذلك بداية الانهيار لحضارة ومجد الامة وهدما لمستقبلها(٤٤) .

ولا يخفى ان النريعة الاسلامية اقامت الروابط الانسانية على اسس اخلاقية تتجنب ما يسيء الى العلاقات وترمي الى السمو بها الى مرتبة التعاون والوئام بين افراد المجتمع ، وبالتالي الارتفاع بهذا التعاون الى مرتبة التضامن والتكافل وصولا الى مرتبة التضحية والايثار(٤٥) .

لكل ذلك ، يعتبر العقل من ادلة الاحكام السرعية ، لما يسهم به من دور في تأكيد مبدأ التكافل الاجتماعي . وقد اخذت به المذاهب الاسلامية وان تفاوتت في مدى الاخذ به . وقد اعتبره جمهور السيعة المتأخرين دليلا رابعا من أدلة الاحكام النرعية يرجعون اليه عند عدم عثورهم على حكم شرعي في الكتاب او السنة النبوية او الاجماع(٤٦) . وقد كان لدور العقل وعدم

---

(٤٣) عبدالباقي البكري ــ المرجع السابق ــ ص ٧٥٦/ محمد ابو زهرة ــ التعسف في اسعمال الحق ــ البحث السابق ــ ص ٢٢ .
عبدالكريم زيدان ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٢ .
(٤٤) عبدالعزيز الخياط ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٣ وما بعدها .
(٤٥) عبدالمقصود سلتوت ــ البحث السابق ــ ص ١٥٧ .
(٤٦) رشدي عليان ــ المرجع السابق ــ ص ٩٨ .

سد باب الاجتهاد عند الجعفرية حسناته في العمل على تطور احكام الشريعة الاسلامية بتطور الزمان واستيعابها لما يستجد من امور الى مدى ما •

واذا كان مبدأ التكافل الاجتماعي يعد من المبادىء الهامة في تنظيم الملكية في الاسلام ، فأنه يمكن القول ، في نطاق دليل العقل ، ان عدم اختلاف آراء العقلاء بصورة مستمرة على شيء نافع للمسلمين يعد كتطابق الاراء على ان الخير أفضل من الشر ، والتعاون احسن من الفرقة ، والمساواة خير من التمييز والتفرقة العنصرية • والدليل على تطابق الاراء هو انه من غير المقبول عقلا ان تتصور امة مهما كان حظها من التقدم تجرؤ على ان تتبنى دساتيرها أو تسريعاتها الكذب والاستهتار واباحة القتل والسرقة كمبادىء انسانية نؤدى الى التكافل والتضامن(٤٧) •

نخلص مما تقدم الى ان الانسان كائن اجتماعي يحتاج لبني جنسه للعيس معهم ، الا ان هذا التعايش لا يعقل ان يقوم في ظل مجتمع تنظمه مبادىء تسيع الانانية والتفرقة وعدم احترام الحقوق • فالتكافل امر يقتضيه الدليل من المعقول ، ما دامت حاجات الفرد لا يمكن تلبيتها الا بالتعاون •

المطلب الثاني

مجالات التكافل

التعاون ظاهرة اجتماعية قديمة قدم الانسانية أتسع نطاقها بأتساع الجماعة البشرية لانه وسيلة الافراد في تحقيق واشباع غرائزهم بالتعايش • ولا شك في ان الاسرة هي الخلية الاولى في المجتمع الذى يتكون من مجموعها ، وتتكون منها الدولة اذا توافرت مقوماتها الاخرى •

ولما كانت قوة الدولة وتقدمها من قوة المجتمع ، وقوة المجتمع من

---

(٤٧) محمد تقي الحكيم ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٥ •

تضامن الاسر وتكافلها على اعمال الخير ، لهذا كان ضروريا ان نبدأ الدراسة بهذه النواة ، لمعرفة مدى التنظيم الدقيق الذى وضعه الاسلام لها في جوانبها المادية والمعنوية ، ولبيان دور الملكية في هذه المجالات باعتبارها عاملا مهما في تحقيق الانسجام والتكاتف والتعاون .

اولا ـ التكافل الاجتماعي في نطاق الاسرة :

لا نقاش في ان الشريعة الاسلامية فاقت كل التشريعات الاخرى في مدى تنظيمها لحقوق الزوجية ، والارث وحقوق الاطفال ، والنسب ، والحضانة ، ورعاية الشيخوخة ، واليتيم ، وكفالة المحتاج . وفي ذلك قال تعالى « كنتم خير امة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر » (٤٨) .

ان تنظيم هذه الامور وبيان ما للاقارب على الاقربين وما للاباء على ابنائهم من حقوق وواجبات يهدف الى تماسك الاسرة وتنفيذ مقاصد الشارع في تحقيق مصالح العباد فرادى او جماعة ، وابقاء الامة قوية منيعة ضد الاعداء .

واذا كنت قد ذكرت ان ملكية الانسان للمال غريزة فطرية مقيدة باداء رسالتها الاجتماعية وفقا لمقاصد الشارع من شرعه(٤٩) ، فان هذا التصوير الاجتماعي للحقوق يتطلب ايجاب النفقة للفقير العاجز من مال قريبه الموسر(٥٠) . وبذلك قضى الله تعالى في سورة النساء (وبالوالدين احسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت ايمانكم)(٥١) . وقال تعالى في سورة الانفال : (وأولو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله)(٥٢) . ان التعاطف والتكافل بين

---

(٤٨) سورة آل عمران ـ آية رقم ١١٠ .
(٤٩) انظر ص ٧٩ من هذه الرسالة .
(٥٠) عبدالحليم الجندي ـ البحث السابق ـ ص ٨٩ .
عبدالباقي البكري ـ المرجع السابق ـ ص ٧٨٧ .
(٥١) آية رقم ٣٦ .
(٥٢) سورة الانفال ـ آية رقم ٧٥ .

ذوى القربى في السراء والضراء على نحو يرحم فيه قويهم ضعيفهم ويعين غنيهم فقيرهم ، يوثق اواصر الاسره ويوطد اركانها ، وفي ذلك بناء لمجتمع متين الاسس مترابط الجوانب ، وتحقيق للمضمون الاجتماعي للحق على اعتباره اداة لتحقيق التكافل •

ولما كانت الشريعة الاسلامية قد قررت النفقة في مال الغني الموسر لبعض أقاربه المعوزين، فان مايندرج تحت مفهوم الاقارب هم: الابوان واصولهما والابناء وفروعهم ، والاخوة وفروعهم ، والاعمام والعمات وفروعهم ، والاخوال والخالات وفروعهم[٥٣] • الا ان فقهاء المسلمين اختلفوا في مدى وجوب النفقة للقريب غير القادر على الكسب من مال الغني الموسر •

فقد ذهب الاحناف الى حصر النفقة في القرابة المحرمية ، اى القرابة التي تحرم الزواج فهي واجبة للاخوال والاعمام مثلا وغير واجبة على ابن العم لابن عمه[٥٤] • وذهب المالكية الى التضييق • فأوجبوها للابوين على الاولاد ، وللاولاد على الابوين • وبذلك قصروها على الابوين والاولاد الصلبيين دون بقية الاصول والفروع[٥٥] •

ورأى الشافعية ان النفقة واجبة للاصول على الفروع ، وللفروع على الاصول ، وبذلك توسعوا أكثر مما أقره المالكيون • وعندهم ، ان القرابة

---

(٥٣) محمود محمود رافع ـ البحث السابق ـ ص ٣١ •

(٥٤) تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق ـ لفخرالدين عثمان بن على الزيلعي ـ ج ٣ ط ١ القاهرة ـ المطبعة الاميرية ـ ١٣١٣هـ ص ٥٠ وما بعدها/ ٦٣-٦٤ •
البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ـ لابن نجيم ج٤ القاهرة ـ مطبعة البابي الحلبي بدون سنة نشر ـ ص ١٧٣ وما بعدها •
حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ـ لمحمد امين ابن عابدين ـ ج ٣ ط ٢ القاهرة ـ مطبعة البابي الحلبي ـ ١٩٦٦ ص ٥٧١ وما بعدها / ٦١٣-٦٢١ •
محمود محمود رافع ـ البحث السابق ـ ص ٣٢ •

(٥٥) المدونة الكبرى ـ للامام مالك بن انس ـ مجلد ٢ ج ٣ بغداد مكتبة المثنى ـ (طبعة الاوفسيت) بدون سنة نشر ص ٣٦٢ وما بعدها •

الموجبة للنفقــة هي قرابــة الاولاد دون التقيــد بدرجـــة معينــة ، لان الاصول آباء ، والفروع اولاد(٥٦) .

اما الحنابلة فقد رأوا ان النفقة تجب للفقير العاجز على وارثه وبالتالي فانها تمتد الى كل قرابة . لان كل من يرث شخصا اذا مات غنيا تجب عليه نفقته في حال عجزه ، لان الحقوق متبادلة . ولما كان الميراث يشمل اصنافا متعددة من القرابة ، فان القرابة التي تكون سببا موجبا للنفقة هي القرابــة التي يكون فيها القريب الموسر وارثا للقريب المحتاج ان ترك مالا ، لقوله تعالى في نفقة الولد (وعلى الوارث مثل ذلك)(٥٧) .

وذهب الشيعة الامامية الى القول ان من اسباب النفقةالزوجية ، والقرابة البعضية اى ان يكون المنتسب بعضا من منتسبه كالولد ، والملك ، فتجب نفقة المالك لرقيقه ، كما ان النفقة تجب للفقير العاجز عن العمل(٥٨) . ورأى الظاهرية ايجاب النفقة للزوجة على زوجها مع تفصيل في احكامها ، وللاقارب من الرجال والنساء صغارا وكبارا ممن لا مال لهم ولا عمل بأيديهم والذين هم من الاصول(٥٩) .

والواقع ، ان المذهب الحنبلي اكثر المذاهب الاسلامية توسعا فيالقرابة الموجبة للنفقة ، واحكامه في هذا المجال تبدو اضمن في تثبيت اسس التكافل

---

(٥٦) الام – لمحمد بن ادريس الشافعى – ج ٥ ط ١ – القـــاهره مكتبة الكليات الازهرية ١٩٦٦ ص ١٠٠ وما بعدها .
تيسير الاصول الى جامع الاصول – لعبدالرحمن بن على المعروف بابن الديبع الشيبانى ج ٣ القاهرة – مطبعة البابي الحلبى – ١٩٣٤ص٤ وما بعدها .
محمود محمود رافع – البحث السابق – ص ٣١ .

(٥٧) سورة البقره – آية رقم ٢٣٣ .

(٥٨) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية – لمحمد بن جمال الديــن مكي العاملى ج ٥ منشورات جامعة النجف الدينية ١٩٦٥ ص ٤٦٥ وما بعدها .

(٥٩) المحلي – لابيمحمد بن أحمد بن سعيد بن حزم ج١٠ بيروت منشورات المكتب التجاري – بدون سنة نشر ص ٨٨ وما بعدها .

الاجتماعي ، واقرب الى روح الآيات الكريمة والسنة النبوية • فهي تحقق بصورة اوضح المفهوم الاجتماعي للحقوق باعتبار الملكية حقا ذاتيا للمالك ذا وظيفة اجتماعية يمارسها العبد تحقيقا لمقاصد الشارع العليا من شرعه •

اما تنظيم الشريعة لاحكام الميراث في مجال الاسرة ، باعتباره من مظاهر التكافل المادى والمعنوى فيها ، فقد جاءت النصوص القرآنية صريحة في شأنه • منها ، قوله تعالى « يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين، فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك ، وان كانت واحدة فلها النصف ، ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد • فان لم يكن له ولد ، وورثه ابواه فلأمه الثلث ، فان كان له اخوة فلامه السدس ، من بعد وصية يوصي بها أو دين »[٦٠] • ومنها قوله سبحانه (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها النصف مما ترك ، وهو يرثها ان لم يكن لها ولد ، فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين)[٦١] •

ان طريقة توزيع التركة وفق اسس شرعية واضحة هو خير وسيلة لضمان التكافل الاجتماعي في نطاق الاسرة ، وافضل طريق لتفتيت الثروات الكبيرة بعد وفاة المورثين • وذلك بخلاف ما فعلته بعض الانظمة التي تحصر التركة بيد الابن الاكبر • ولعل من اهم الجوانب الايجابية التي تكمن في هذا النظام ، هو شعور المورث بأن ثمرة عمله واتعابه في حياته لن تصادر عند وفاته وانما تكون ضمانا لورثته الذين هم جزء منه ، هذا فضلا عن ان انتفاع الورثة بمال مورثهم أمر يقتضيه العدل ، لان الصلة بين الطرفين لا تنقطع بالموت • الا ان ينتقل للورثة من ذمة المورث هي العناصر الايجابية ، دون

---

(٦٠) سورة النساء ــ آية رقم ١١ــ١٢ •
(٦١) سورة النساء ــ آية رقم ١٧٦ •

السلبية التي تعني الديون ، فلا تركة بمقتضى احكام الشريعة الاسلامية الا بعد سداد الديون[٦٢] .

ان مظاهر التكافل الاجتماعي في نطاق الاسرة تبدو كذلك في تنظيم السريعه الاسلامية للحقوق والواجبات الزوجية ، وتنظيم احكام المهر والنفقة والحضانة وحسن معاملة الزوجة . فقد جاء في سورة الروم قوله تعالى (ومن آيانه ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمه ان في ذلك لايات لقوم يتفكرون)[٦٣] . كما اجمع فقهاء المسلمين على ان الزوج تجب عليه نفقة زوجته ويجبر على ذلك[٦٤أ] .

ومن ذلك ايضا ، منع النسربعة الاسلامية تعسف الزوج في استعمال حقه وفرضها الجزاء عليه في هذه الحالة[٦٤ب] . فقد اوصى الخالق عباده بحسن معاسرة النساء بقوله نعالى (وعاشروهن بالمعروف)[٦٥] ، وفوله تعالى ابضا (ولهن منل الذى عليهن بالمعروف)[٦٦] ، (واسكنوهن من حيث سكنتم ولا نضاروهن لتضيقوا عليهن حتى يضعن حملهن فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وأنمروا بينكم بالمعروف)[٦٧] .

اما الوصيه بالوالدين ، وهما عماد الاسرة ففد كانت محل عناية السربعة . اذ حت الآيات الفرآنية على طاعتهما واحترامهما لما في ذلك من مرضاة للسارع ودعم لوحده الاسرة . فقال تعالى (ووصينا الانسان

---

(٦٢) ابو زهرة ـ التكافل الاجتماعي في الاسلام ـ المرجع السابق ـ ص ٦٧ـ٧٠/ صادق مهدي السعيد ـ العمل والضمان الاجتماعي في الاسلام ـ المرجع السابق ـ ص ٩٣ وما بعدها .

(٦٣) آية رقم ٢١ .

(٦٤ أ) يوسف الفرضاوي ـ متسكلة الفقر وكيف عالجها الاسلام ـ بيروت دار النهضة العربية ١٩٦٦ ص ٦٥ .

(٦٤ب) السعيد مصطفى السعيد ـ في مدى استعمال حقوق الزوجية ـ ص ٢٤/٢٥٤ .

(٦٥) سورة النساء ـ آية رقم ١٩ .

(٦٦) سورة البفرة ـ آية رقم ٢٢٨ .

(٦٧) سورة الطلاق ـ آية رقم ٦ .

بوالديه ، حملته امه وهنا على وهن ، وفصـــاله في عامـــين ان اشـــكرلي ولوالديك[٦٨] ، وقوله سبحانه (وبالوالدين احسانا ، اما يبلغن عندك الكبر احدهما او كلاهما ، فلا تقل لهما اف ، ولا تنهرهما ، وقل لهما قولا كريما ، واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا) [٦٩] .
كما ورد في نطاق رعاية الصغار وحضانتهم قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا قوا انفسكم واهليكم نارا)[٧٠] ، وفي ذلك ما يجعل لهم على آبائهم واوليائهم ومجتمعهم حقا في رعايتهم .

كما حظيت رعاية اليتيم باهتمـــام الشريعـــة الاســلامية . فقضـت بوجوب الحفاظ على امواله والرفق به وتربيته تربية حسنة، مصداقا لقوله سبحانه (ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم)[٧١]، (واما اليتيم فلا تقهر)[٧٢] ، (واتوا اليتامى اموالهم ولا تتبـدلوا الخبيث بالطيب)[٧٣] ، وقوله تعالى في النهي عن اكل مال اليتيم (ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا)[٧٤] . كما حث الرسول (ص) في كثير من احاديثه الشريفة على رعاية اليتيم وكفالته .

يتضح مما تقدم ، مدى التنظيم الدقيق في الشريعة الاسلامية للاسرة لضمان تكافلها وصيانة تماسكها ، على نحو ينعكس حتما على تكافل المجتمع والدولــة .

ثانيا ــ التكافل الاجتماعي في نطاق المدينة او القرية :

اذا كانت الاسرة تتكون من افرادها الذين تربطهم رابطــة الــدم او النسب ، فان المجتمع تكونه مجموعة الاسر . واذا كانت الشريعة قد عنيت

---

(٦٨) سورة لقمان ــ آية رقم ١٤ .
(٦٩) سورة الاسراء ــ آية رقم ٢٣ــ٢٤ .
(٧٠) سورة التحريم ــ آية رقم ٦ .
(٧١) سورة البقرة ــ آية رقم ٢٢٠ .
(٧٢) سورة الضحى ــ آية رقم ٩ .
(٧٣) سورة النساء ــ آية رقم ٢ .
(٧٤) سورة النساء ــ آية رقم ٩ .

بالاسرة عناية فائقة ، فان ما ساقته من احكام لتنظيم الاسـرة هـو تنظيـم للمجتمع . ومن هنا جاءت نصوص القرآن والسنة النبوية تقضي بمسؤولية المجتمع المشتركة من قبل افراده ، وتوجب عليه رعايتهم ، كرعاية الفقير العاجز والضعيف واليتيم والصغير واللقيط والارامل والمطلقات والمشردين وغيرهم، وصولا الى تحقيق التكافل الاجتماعي الذى يقيد الحقوق ، ومنها الملكية .

فالقرية او المدينة يقع عليها كفالة ابناء السبيل الذين تنقطع بهم الطريق والذين جعل لهم الشرع نصيبا مفروضا في الزكاة . فقال تعالى في سورة التوبة (انما الصدقات للفقراء والمساكين ... وفي سبيل الله وابن السبيل)(٧٥) .

ولم تغفل الشريعة الاسلامية رعاية العاجز والشيخ او اغاثة الملهوف ، واوجبت رعاية الجانحين والشواذ كي لا يكونوا عالة على المجتمع ، ورعت حقوق الارملة والمطلقة واوجبت نفقتها وعدتها . وقد ابتغت من كل ذلـك دعم تكافل المجتمع وتوثيق الروابط بين ابناء القرية او المدينـة ، باقـرار المسؤولية المشتركة للجماعة من قبل الفرد .

كما اعتبرت الشريعة الربا من التصرفات المنهى عنها (٧٦) . وقد اجمع فقهاء المسلمين على تحريمه في البيوع تطبيقا لصراحة النصوص الكريمـة . ومع ذلك فقد ذهب قلة من رجال الدين الى القول بجوازه في اقراض المال في نطاق الانتاج ، دون الاستهلاك الذي يعتبر فيه الربا محرما بالاجماع(٧٧). اما اكثر فقهاء المسلمين فقد رأوا ان الربا ترفضه القواعد الخلقية في المجتمع الانساني كما تحرمه النصوص القرآنية والاحاديث النبوية الصريحة(٧٨) ،

---

(٧٥) سوره التوبة ـ آية رقم ٦٠ .

(٧٦) شرح فتح القدير ـ لكمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابـن الهمام ط ١ جـ ٥ المطبعة الاميرية ببولاق ـ مصر ١٣١٦هـ ص ٢٧٤ .

(٧٧) ابو الاعلى المودودي ـ الربا ـ تعريب محمد عاصم الدباغ ـ بيـروت دار الفكر بدون سنة نشر ص ٦ـ٧ .

(٧٨) من النصوص القرآنية التي حرمت الربا قوله تعالى (الذين يـأكلـون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا ، واحل الله البيع وحرم الربا) ـ سـورة

فهو صورة للاستغلال ابا كان مجال تقاضيه ، انتاجيا او استهلاكيا ، لما في التمييز بين الاموال الانتاجية والاستهلاكية من تحايل غير مشروع امام نص قرآني قضى بالحرمة ، ولا اجتهاد في مورد نص . ورأوا ان الزيادة التي يقدمها المدين للدائن على رأس المال نظير تأجيل الوفاء محرمة في الشرع لاضرارها بمصلحة المجتمع(٧٩) .

وقد دعت الشريعة الى الرحمة ، لما لها من أثر في دعم وصيانة التضامن بين افراد المجتمع . واكد ذلك كثير من الاحاديث الشريفة . منها قوله (ص) : (ولا تنزع الرحمه الا من شقى) ، (الراحمون يرحمهم الرحمن) ، و (ارحموا من في الارض يرحمكم من في السماء) ، فقال له قائل يا رسول الله : (وانا نرحم ازواجنا وذريتنا) ، فقال عليه السلام : (ما هذا اريد ، انما اريد الرحمة بالكافة) ولا يخفى ، ان الرحمة بالكافة هي عين المصلحة العامة ، لان كل ما فيه مصلحة للعباد هو قانون الرحمة ، وكل ما فيه مفسدة للعباد فدفعه من قبيل الرحمة (٨٠) .

ومن المسائل التي تتنافى وقواعد الاخلاق الاسلامية وتمس مقتضيات

التوبة – آية رقم ٢٧٥ . وقوله تعالى في سورة البقره « وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين ، وان تبتم فلكم رؤوس اموالكم » – آية رقم ٢٧٨ . وقوله سبحانه ايضا في سورة البقرة (يمحق الله الربا ويربى الصدقات) – آية رقم ٢٧٦ . وقوله تعالى (واحل الله البيع وحرم الربا) آية رقم ٢٧٥ من سوره البقرة – . وقوله تعالى في سورة الروم (وما اتيتم من ربا ليربو في اموال الناس ، فلا يربو عند الله) آية رقم ٣٩ .

(٧٩) انظر تعريف الربا – ابو الاعلى المودودي – المرجع السابق – ص ٨٢

(٨٠) تفصيل ذلك – محمد ابو زهرة – البحث المشار اليه في اسبوع الفقه الاسلامي – ص ٢١ .

التضامن في المجتمع ، بيع الحاضر للبادي[٨١] وتلقي الركبان والسلع[٨٢] وبيع النجش[٨٣] وبيع الاسترسال[٨٤]. وقد نهى الرسول (ص) عنها جميعاً، وان اختلف الفقه في تحديد مفهوم هذا النهي ومداه[٨٥] .

أخلص مما تقدم الى القول ، ان السريعة الاسلامية حرصت كل الحرص على بناء ودعم التكافل بين مجموع المسلمين . فقد اتضحت لنا دعوتها الى

---

(٨١) يقوم هذا البيع على اسغلال الحاجة وحكمه انه بيع مكروه عند بعض الفقهاء وباطل على خلاف بين العلماء . وجاء عن النبى (ص) قوله (لا يبيع حاضر لباد) .
عبدالرزاق السنهوري — مصادر الحق في الفقه الاسلامى — جـ ٢ دار المعارف بمصر ١٩٦٧ ص ٨٤/ سرح معاني الاثار — لابى جعفر أحمد ابن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفى جـ ٤ ط ١ حققه وضبطه ونسقه وصححه محمد زهرى النجار — القاهرة — مطبعة الانوار المحمدية — ١٩٦٨ ص ١٠ .
نيل الاوطارفي شرح منتقىالاخبار من احاديث سيد الاخيار — لمحمد بن على بن محمد التسوكانى جـ ٥ ط ٢ — القاهرة — مطبعه مصطفى البابى الحلبى — ١٩٥٢ ص ١٧٣ .
سعيد الزهاوى — المرجع السابق — ص ١٢٧ — ١٢٨ .

(٨٢) ونقصد به التراء والبيع على متارف المدن من أهل البادية الجاهلين بسعر السوق .
عبدالباقي البكري — مذكرة في سروط انتساء العقد وعيوبه فى الفقه الاسلامى — محاضرات القيت على طلبة الماجستر في القانون بجامعة بغداد للسنة الدراسية ١٩٧٢ — ١٩٧٣ (مسحوبة بالرونيو) ص ١٨١ هامش رقم ٢ .
سعيد الزهاوي — المرجع السابق — ص ١٢٤ — ١٢٥ .

(٨٣) هو البيع الذى يتم عقب تدخل من لا يريد التراء ولكنه يزيد الثمن وقد نهى عنه الرسول (ص) بصريح القول .
عبدالباقى البكرى — المرجع السابق — ص ١٨١ هامش ص ٢ .
نيل الاوطار — للشوكانى — المرجع السابق — ص ١٧٥ .

(٨٤) وهو بيع الجاهل بالقيمة الحسن النية والذي لا يحسن المساومة .
عبدالباقى البكري — المرجع السابق — ص ١٨١ هامش رقم ٢ .

(٨٥) تفصيل هذا الاختلاف : بداية المجتهد ونهاية المقتصد — لابى الوليد حمد بن محمد بن أحمد بن رسد القرطبى (ابن رشد الحفيد) — مطبعة أحمد كامل — مصر — ١٣٣٣هـ ص ١٣٨ .

الرحمة والى الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والحث على العمل ، وتحريم الربا ، وسد حاجة المحتاجين ، لما في ذلك من تحقيق للمصلحة العليا للمجتمع. الا ان التكافل باعتباره غاية تحققه الملكية ومبدأ من المبادىء المهمة في الشريعة ، يبدو اكثر وضوحا في نطاق الدولة .

ثالثا ـ التكافل الاجتماعي في نطاق الدولة :

بينا فيما سبق ، انه تجب نفقة الفقير العاجز عن العمل على اقربائه الموسرين استنادا الى نصوص القرآن والسنة الشريفة . اما اذا لم يكن للفقير العاجز قريب ، او كان له قريب معسر ، فان نفقته واجبة على الدولة من بيت مال المسلمين ، لان على الدولة ان تتكفل بضمان معاش العجزة والمعوزين ارساء لمبدأ التكافل كأساس في المجتمع الاسلامي . فقد كان الرسول (ص) يمد العاجزين ويسد احتياجاتهم ويزوجهم احيانا . وسار على نهجه كثير من صحابته .

اما اذا لم تقم الدولة بواجبها في الانفاق على من يستحق ذلك ، حق للمستحق كالفقير العاجز الذى لا قريب موسر له ان يرفع الدعوى على الدولة للحصول على حكم بالنفقة له ، لان ذلك من الواجبات التي تناط بالدولة باجماع الفقهاء . فمن لا معيل له تكون كفالته من بيت المال[٨٦] . مصداقا لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى ..)[٨٧] واعمالا لما قرره الفقه الاسلامي من ان الدولة عائل من لا معيل له .

(٨٦) ابو زهرة ـ التكافل الاجتماعي في الاسلام ـ المرجع السابق ـ ص ٧٦ـ٧٧/ صادق مهدى السعيد ـ العمل والضمان الاجتماعي في الاسلام ـ المرجع السابق ـ ص ٩٢ .
عبدالباقي البكري ـ المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ج ١ ـ المرجع السابق ص ٧٨٥/ عبدالمنعم الصده ـ دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي جـ١ المرجع السابق ـ ص٦٩.

(٨٧) سوره المائدة ـ آية رقم ٢ .

واذا كان الاسلام فد فرض العمل فرضا وجعله مصدرا للكسب النرعي بنهيه عن البطالة والكسل ، فان افتقار مجال العمل مع القدرة عليه يوجب على الدوله ضمان ضروريات الفرد لحين بهيئة فرص العمل والقضاء على اسباب الففر[٨٨] . وقد جاء في كناب الخراج ، ان خالد بن الوليد ضمن عهده لرعايه دوله الاسلام فيما غلبت عليه من ارض ، (ايما شيخ ضعف عن العمل ، أو اصابته آفة من الآفات ، أو كان غنيا فافتقر ، وصار أهل دينه بنصدفون عليه ، طرحت جزيته ، وعليه من بيت مال المسلمين هو وعياله ما افام بدار الهجره ودار الاسلام)[٨٩] .

ان فول خالد يعتبر خير تصوير لمبدأ التكافل الاجتماعي في نطاق الدولة ، سواء أكان المكفول مسلما او غير مسلم . وهذا دليل على ما للاموال من وظيفه اجتماعية .

بتضح من ذلك ان مهمه الدولة في ضمان معيشة افراد المجتمع الاسلامي نكون على مراحل . تبدو اولاها بتهيئة الدولة فرص العمل للقادرين عليه . فان كان الفرد ففيرا عاجزا أو كانت مجالات العمل غير متوفرة ، حلت المرحله النانية الني نعتبر تطبيقا لمبدأ التضامن الاجتماعي في سد حاجات الافراد ونعبيرا عن التكافل الاجتماعي العام وما يقتضيه حق الفرد في كفالة الدولة[٩٠] . وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى (وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير . وما افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الاعنياء منكم ...)[٩١] .

---

(٨٨) عبدالباقي البكري ــ المرجع السابق ــ ص ٧٨٤ .

(٨٩) الحراج ــ لابى يوسف يعفوب بن ابراهيم ــ ط ٢ الفاهره ــ المطبعة السلفية ١٣٥٢ هـ ص ١٤٤ .

(٩٠) محمد باقر الصدر ــ اقتصادنا ــ المرجع السابق ــ ص ٦١٥ــ٦١٨ .
عبدالكريم زيدان ــ الفرد والدولة في الشريعه الاسلامية ــ بغداد مطبعة سلمان الاعظمي ١٩٦٥ ص ٤٨ــ٤٩ .

(٩١) سورة الحتىر ــ آية رقم ٦ــ٧ .

يتضح من ذلك ، ان للجماعة حقا في مصادر الثروة العامة ، وان هـذا الحق يعتبر اساسا لمبدأ التكافل الاجتماعي وتبريرا لحق القطاع العـام في الفيء ، وهو المال الذي يصل من المشركين دون اقتتال كالجزيـة واعشار متاجرهم وغيرها[٩٢] •

وفي وسعي ان اضيف الى ما تقدم ما رآه الاستاذ عبدالباقي البكرى بحق ، من ان التكافل الاجتماعي في نطاق الامة أو الدولة يتجلى في نظام الزكاة الذى نقوم على التضامن بين افراد المجتمع • وفيه تؤخذ الزكاة مـن مصادر محددة وتصرف الى المعوزين غير القادرين على الكسب ، على نحـو يؤكـد واجب الدولة في ضمان المستوى المعاشي اللائق بكرامة الانسان ، وعـلى صورة ينتفي فيها معنى التصدق والاحسان لانتفاء العلاقة المباشـرة بـين الموسر والمعوز • كمـا ان تضامن الامـة في المجال السياسي يبدو في نظام السورى[٩٣] • وبمقتضاه تتولى القيادة الجماعيه المؤلفة من خيرة ابناء الامة نصريف السؤون العامه دون استئثار من قبل الحاكم الفرد ودون تحكم طبقة في غيرها من فئات الامة • تماشيا وقوله نعالى في سورة ال عمران (وشاورهم في الامر)[٩٤] •

وبعد ، فيحسن بي بعد ان اوضحت في المطلب الاول ادلة التكافـل الاجتماعي ، واسرت في المطلب الثاني الى مجالات التكافل الاجتماعي ، ان اتكلم على الموارد اللازمة لضمان تطبيق هذا المبدأ في المجتمع • وهو مـا سأوضحه في المطلب الثالث من هذا المبحث •

---

(٩٢) عبدالرحمن حسن ــ الموارد الماليه في الاسلام ــ بحث منشور فـى المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامـة ــ الازهر ١٩٦٤ ص ٢٣٣ •

(٩٣) عبدالباقى البكري ــ المرجع السابق ــ ص ٧٨٨ •

(٩٤) آية رقم ١٥٩ •

المطلب الثالث

مـــوارد التـــكافل

اذا كان التكافل الاجتماعي مبدأ اكده التسريع الاسلامي ونظم اسسه وحدد الواجبات الماليه الضروريه لرسوخه ، فان مفضاه ، اطلاق الحريـة للفرد في المجتمع ضمن حدود تكون فاصلا بين مصلحته ومصلحة الجماعة ، ووفق قيود تتولى تحديد السلوك المتكافل بين المسلمين بمقتضى المسؤولية المستركه ابتغاء تحقيق خير المجتمع .

واذا كت قد بينت في المطلب الثاني دور الدولة في دعم التكافـــل الاجتماعي ومسؤولينها في الانفاق العام من مواردها ، فــان الموارد التــي تمول ذلك التكافل وهذا الانفاق نظمت وفق اسس وقواعد حددتها الشريعة، لعل اهمها ما يأتي :ـ

أولا ـ نفقة الاقارب . ثانيا ـ نظام الزكاة ـ ثالثا ـ تشريع الوقف ذريا كان أو خيريا . رابعا ـ الكفارات والنذور[٩٥] . وسأتكلم فيها بايجـاز فيمـا يلي :

اولا ـ الزكـاة

الزكاة لغة هي النماء . فيقال زكاة الزرع اذا نمـا . وتكـون بمعنى التطهير وفي ذلك قال تعالى (قد افلح من تزكى)[٩٦] . اما شرعا فيراد بهـا النماء والتطهير معا . ذلك لان مصارفها تكون سببا لنماء الاجر لدافعها ، أو لنماء ذات الاموال مصداقا لقوله (ص) (ما نقص مال من صدقـة) . فالزكاة حقيقة ، طهر للنفس من الشح ومورد لتوفـير ضروريات المعيشة

---

(٩٥) محمد ابو زهرة ـ تنظيم الاسلام للمجتمع ـ المرجع السابق ـ ص١٤٦/١٦٤ / عبدالعزيز الخياط ـ المرجع السابق ـ ص ٣٢٠ .

(٩٦) سورة الاعلى ـ آية رقم ١٤ .

لمستحقيها • وهي في اصطلاح الفقهاء اخذ نسبه معينة من انواع محدده من اموال الاغنياء ، كالذهب والفضة وحصيله الانتاج الزراعي ، وتوزيعها على مستحقيها دعما للتضامن من بين افراد المجتمع[٩٧] •

ان الزكاه ، وقد فرضت في السنه الثانيه للهجرة واعتبرت الركن الخامس من اركان الاسلام[٩٨] ، فريضه اجتماعية لا تقوم على اساس الاحسان • وانما بتولى ولي الامر جمعها من الموسرين لانفاقها في مصارفها تحقيقا للتكافل الاجتماعي ، على المعسرين ممن حددتهم سورة التوبة : (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفه قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل ، فريضة من الله والله عليم حكيم)[٩٩] •

وقد رأى بعض الفقهاء بحق ان الزكاة تتحلل الى عنصرين رئيسيين • اولهما ، انها رابطة بين الدولة والغني المكلف بدفعها • حيث تقوم الدولة بجمعها وضم نصابها الى بيت المال اسهاما من الموسرين في تكاليف الحياة الاجتماعية • وثانيهما ، انها رابطة بين الدولة والمستحق من افرادها ، وهو الشخص المعوز غير القادر على العمل ، او القادر عليه دون ان تتوافر امامه مجالات العمل لسبب لا ينسب اليه[١٠٠] •

---

(٩٧) حسن خالد ـ المرجع السابق ـ ص ٢٠/ عبدالحليم الجندي ـ البحث السابق ـ ص ٧٠/ عبدالباقى البكرى ـ المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ج ١ المرجع السابق ـ ص ٧٨٨ / مراقي الفلاح في شرح متن نور الايضاح ـ للشيخ حسن بن عمار بن علي الشرنبلالى صححه وعلق عليه محمود عبدالوهاب ـ مطبعة محمدعلى صبيح واولاده ـ مصر بدون سنة نشر ص ٢٩٩ هامش رقم ٢ •

(٩٨) عبدالخالق النواوي ـ النظام المالى في الاسلام ـ ط ١ مكتبه الانجلو المصرية ١٩٧١ ص ٢٧ •

عبدالرحمن حسن ـ الموارد المالية في الاسلام ـ البحث السابق ـ ص ٢٢٧ • / عبدالباقى البكري ـ المرجع السابق ـ ص ٧٨٨ •

(٩٩) آيه رقم ٦٠ •

(١٠٠) عبدالباقى البكري ـ المرجع السابق ـ ص ٧٨٨ •

ولذلك تعتبر الزكاة صدقة واجبة مفروضة على نماء الاموال . وقد توعد الخالق سبحانه وتعالى الممتنعين عن دفعها في قوله (وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة وهم بالاخرة هم كافرون)[١٠١] . ولذلك فانها تؤخذ من الممتنع عن دفعها مع علمه بوجوبها جبرا اضافة الى ما يتعرض له من عقوبة تعزيرية[١٠٢] . وقد اشارت كثير من الايات الكريمة الى هذه الفريضة. منها : قوله تعالى (ويسألونك ماذا ينفقون : قل العفو ، كذلك يبين الله لكم الآيات لعلكم تتفكرون)[١٠٣] ، وقوله سبحانه (قد افلح المؤمنون ، الذين هم في صلاتهم خاشعون ، والذين هم عن اللغو معرضون ، والذين هم للزكاة فاعلون)[١٠٤] . وقوله عز وجل (وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة)[١٠٥] . وقوله تعالى (تلك آيات القرآن وكتاب مبين ، هدى وبشرى للمؤمنين . الذين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم بالاخرة هم يوقنون)[١٠٦] .

كما أكدت السنة النبوية وجوب ادائها . فقال الرسول (ص) (اتقوا الله وصلوا خمسكم وصوموا شهركم وادوا زكاة اموالكم)[١٠٧] ، و (من استفاد مالا فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول)[١٠٨] ، كما روى عنه (ص) انه امر بأن تؤخذ الزكاة من الاغنياء وترد الى الفقراء[١٠٩] .

وواضح ، ان فريضة الزكاة تشكل قيدا على نماء اموال الاغنياء ، وواجبا يحد من تكاثر ثرواتهم ، وتكون من العوامل التي تساعد في اقامة العدالة الاجتماعية والمساواة بين الافراد في المجتمع لا سيما وان نظرة الاسلام الى

---

(١٠١) سورة فصلت — آية رقم ٦—٧ .
(١٠٢) النواوى — المرجع السابق — ص ٢٨ .
(١٠٣) سورة البقرة — آية رقم ٢١٩ .
(١٠٤) سورة المؤمنون — آية رقم (١—٤) .
(١٠٥) سورة البقرة — آية رقم ٤٣ .
(١٠٦) سورة النحل — آية رقم (١—٣) .
(١٠٧) صحيح الترمذي — جـ٣ طـ١ المطبعة المصرية بالازهر — ١٩٣١ ص٩١.
(١٠٨) صحيح الترمذي — المرجع السابق — ص ١٢٥ .
(١٠٩) صحيح الترمذي — المرجع السابق — ص ١٤٧ — ١٤٨ .

المال تهدف الى تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصه عند تعارضهما • ولذلك تعتبر الزكاة من اهم اعمدة التكافل الاجتماعي في المجتمع الاسلامي واول ضمان اجتماعي حقيقي(١١٠) • وفيها تبدو الرعاية الاجتماعية ضربا من ضروب العبادة(١١١) •

ان من الادلة التي تؤكد اهميه الزكاة كصدقة واجبه لها تأثيرها في الحياة الاجتماعيه ما جاء عن ابي هريرة (رض) انه (لما توفي الرسول (ص) وكان ابو بكر ، وكفر من كفر من العرب ، فقال عمر : كيف تقاتل الناس وقد قال رسول الله (ص) أمرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا : لا اله الا الله فمن قالها فقد عصم في ماله ونفسه الا بحقه وحسابه على الله تعالى ، فقال : والله لو منعوني عقالا كانوا يؤدونها الى رسول الله (ص) لقاتلتهم على منعها ، فقال عمر فوالله ما هو الا ان قد شرح الله صدر ابي بكر للقتال ، فعرفت انه الحق)(١١٢) •

ان ما برر قتال مانعي الزكاة احد سببين • اولهما ، الخروج على طاعة الامام ، لان الزكاة فريضة تنطوي على دليل الطاعة • وثانيهما ، الردة عن الاسلام ما دامت ادلة وجوب الزكاة تتوافر في الكتاب والسنة والاجماع(١١٣) • ولوجوب الزكاة شروط ينبغي توافرها ، وهي كون المزكي مسلما حرا مالكا ملكا تاما لنصاب المال ، وان يكون المال خاليا من حوائج المزكي الاصلية ، وان يمر الحول على استحقاقها • واضاف الحنفيه شرطا آخر هو العقل

(١١٠) يوسف القرضاوي — المرجع السابق — ص ١١٧—١١٨ •
(١١١) محمد البهي — المرجع السابق — ص ٣٤٦ •
(١١٢) نيل الاوطار — المرجع السابق — ص ١٢٧ •
سنن ابي داود — لابي داود سليمان بن الاشعث بن اسحاق الازدي السجستاني جـ١ ط ١ تعليق أحمد سعد علي — مطبعة مصطفى البابي الحلبي — مصر — ١٩٥٢ ص ٣٥٦ •
(١١٣) النواوي — المرجع السابق — ص ٢٩ •

والبلوغ(١١٤) • اما مصارف الزكاة فهي توزيعها على الفقراء والمساكين وغيرهم ممن حددتهم النصوص القرآنيه ابتغاء توفير مستلزمات العيش لهم ورعايتهم(١١٥) ، لتحقيق التكافل في المجتمع الاسلامي •

ثانيا ــ الوقف :

الوقف لغه الحبس والمنع(١١٦) • واصطلاحا هو حبس العين على ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعه(١١٧) • ويمثل الوقف صوره للتعاون الاجتماعي• فهو من صدقات التطوع المتميزه بالاستمرار والدوام(١١٨) • وهو من الموارد المهمه للتكافل الاجتماعي ، يؤكد ذلك اتفاق الفقهاء على توجيه مصارف

---

(١١٤) تفصيل احكام الزكاه ووعاؤها وشروطها : ــ
محسن الحكيم ــ مستمسك العروه الوثقى جـ ٩ ط ٢ مطبعة النجف ١٩٦١ ص ٣ وما بعدها .
الاستبصار ــ لابى جعفر محمد بن الحسن الطوسى ــ جـ ٢ ط٢ النجف ــ دار الكتب الاسلاميه ١٩٥٦ ص ٣ وما بعدها .
النهايه في مجرد الفقه والفتاوي ــ لابى جعفر محمد بن الحسن ابن علي الطوسى ــ ط ١ ــ لبنان دار الكتاب العربى ــ ١٩٧٠ ص١٧٣ وما بعدهــا .
تهذيب الاحكام ــ لابي جعفر محمد بن الحسن جـ ٤ ط ٢ النجف مطبعه النعمان ١٩٥٩ ص ٢ وما بعدها .
النواوي ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣ وما بعدها / الشرنبلالي ــ مراقى الفلاح في شرح متن نور الايضاح ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٠.
(١١٥) تفصيل ذلك : محمد البهى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٤٩ .
محمد ابو زهره ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٥/ عبدالحليم الجندي ــ البحث السابق ــ ص ٧٣/ النواوي ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٣ وما بعدها / الشرنبلالى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٠٦ــ٣٠٧.
(١١٦) عبدالستار آدم ــ المرجع السابق ــ ص ١٦٧ .
(١١٧) الاقناع في فقه الامام احمد بن حنبل ــ لابي النجا شرف‌الدين موسى الحجاوي المقدسى جـ ٣ المطبعه المصريه بالازهر ــ بدون سنة نشــر ص ٢/ البكرى ــ المرجع السابق ــ ص ٨٠٠ .
(١١٨) الاختيار لتعليل المختار ــ للموصلى ــ المرجع السابق ــ ص ٤٠ــ٤١؛ الخياط ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٣ .

بعض الاوقاف لتعويض الاسر عما بتلفه الخدم رحمه بالضعفاء مـــن هؤلاء الخدم حتى لا يؤذوا(١١٩) •

وقد روى عن ابن عباس ان رسول الله (ص) اراد الحج ، فقالت امرأة لزوجها (احججني على جملك) فأجابها (ذلك حبيس في سبيل الله) ، فأتيـا رسول الله فقال (ص) اما انك لو احججتها عليه كان في سبيل الله »(١٢٠) • وروى عن رسول الله (ص) قوله في خالد بن الوليد انه : قد احتبس ادراعه واعتاده في سبيل الله(١٢١) • وقال بعض الكتاب في امـر الوقف مـا يلي : « والوقف فيه المنفعة المستمرة للمسلمين سواء أكانوا اقـارب الواقف او بعيدين عنه ، ويشمل جميع انواع البر كوقف المساجد والحوانيت والاراضي واوقاف الخانات ودور العلم والمدارس والمستشفيات •••، ووقف البيوت الخاصة للفقراء يسكنها من لا يجد ما يشترى به دارا او يستأجرها ، ••• ووقف عقارات واراض زراعية يصرف ريعها للمجاهدين في سبيل الله لاسيما عندما تعجز الدوله عن الانفاق على كل افراده ، ••• وكل ذلك يؤدى الى تكافل المجتمع وتسانده ، لانه يشيع فيه المحبة والرحمة ، ويبعث عاطفة الخير دفاقة في قلوب الناس ، ويربط جميع الامة بأواصر من الاخوة والتكافـل تقوم على اساس متين ، واذا كان الاساس رحمة ومودة تنبثقان من عقيدة الاسلام ، كان التكافل اشد توثقا ، لان الوقف لا يكون خالصا لوجه الله تبارك وتعالى وما كان لله دام واتصل)(١٢٢) •

والحق ، ان المقصود بالوقف ، التقرب الى الله سبحانه وتعالى ، وبخلافه لا يصح الوقف • ففي حبس العين على ملك الله والتصدق بمنفعتها اقرار

(١١٩) محمد ابو زهرة — المرجع السابق — ص ١٧٥ •

(١٢٠) نيل الاوطار في شرح منتقى الاخبار من احاديث سـيد الأخيار — لمحمـد ابن علي بن محمد الشوكاني — جـ٦ ط٢ القاهرة مطبعة مصطفى البابي الحلبي — ١٩٥٢ ص ٢٧ •

(١٢١) نيل الاوطار — المرجع السابق — ص ٢٧ •

(١٢٢) عبدالعزيز الخياط — المرجع السابق — ص ٢٣٣—٢٣٤ •

بالملكيه الجماعية للاموال الموقوفه واستعمالها في سد حاجات الامه على وجه مؤبد . واذا جاز ان يكون الوقف مؤقتا كما لو ورد على السكن [١٢٣] ، فان ذلك لا يتعارض والوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الاســلام ، لان خروج المال من ملك صاحبه الى ملك الله تعالى يكون افضل نفعا للنـاس وتأديه للوظيفة الاجتماعية من بقائه في يـد المالك .

ثالثا ـ الكفارات والنذور :

لم تكتف الشريعة الاسلامية بفــرض الواجبـات والتكاليف الماليـة للفقراء العاجزين على اموال الاغنياء وكفالتهم ، بل قضت بعقوبات ماليـــة فرضت لمصلحتهم ، تكفيرا عن الاخطاء والذنوب التي يقترفها الناس عنـد مخالفة اوامر الشرع . ان هذه العقوبات المالية هي ما يطلق عليهـا اسـم الكفارات ، التي تبدو من صور الصدقات المالية التي حـددت مع ... ومقاديرها في الآيات القرآنيه والاحاديث النبوية ، وتعتبر من الموارد المالية المهمة في النظام الاسلامي لسد حاجه المحتاجين وضمان عيشهم[١٢٤] .

والكفارة عقوبه مقدرة تجب في حالتين . اولاهما ، حيث تكون جزاءا على معاص دينيه صرفة كالجماع وقت الحيض وافساد الصيام والحنث في اليمين مما يستوجب التكفير عن هذا الخطأ . وثانيتهما ، حالة القتل غـير العمد . وقد ترد ايضا في عمل لا يعتبر معصية كأن تقع على من لا يطيق الصيام في صورة اطعام مساكين[١٢٥] .

---

(١٢٣) النهاية ـ للطوسى ـ المرجع السابق ـ ص ٥٩٦ .
الخياط ـ المرجع السابق ـ ص ٢٣٢ ـ ٢٣٥ .

(١٢٤) محمد فاروق النبهان ـ المرجع السابق ـ ص ٣٤٠ .
محمد ابو زهرة ـ المرجع السابق ـ ص ١٧٣ ـ ١٧٤ .
الخياط ـ المرجع السابق ـ ص ٢٢٦ .

(١٢٥) عبدالباقي البكري ـ المرجع السابق ـ ص ١٣٩ .

ان ورود الكفارات على الملكية الخاصه يعد من المبادىء التنظيمية للملكية في السريعه الاسلاميه ويؤكد معالم التكافل في المجتمع الاسلامي لتحرير المستعبدين وسد حاجات المعوزين والضعفاء . فكفارة اليمين مثلا تقتضي من الحانث عتق رقبة أو اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ، والا تحتم عليه صوم ثلاثة ايام متتابعات ، ومن لم يستطع فليستغفر ربه ولا يعد[١٢٦] . ولا يخفى ما في عتق الرقيق واطعام المساكين او كسوتهم من معان اجتماعية عميقة هي تحرير الانسان واعانة الضعيف . وكفارة الصوم ، واساسها افطار القادر عليه عمدا ، توجب على المفطر عتق رقبة مؤمنة ، فان تعذر عليه ذلك فصيام شهرين متتابعين ، او اطعام ستين مسكينا لمن كان لا يحتمل صيامهما[١٢٧] .

اما كفارة الظهار فانها تجب على من يظاهر زوجته ، بقوله لها (انت عليّ كظهر امي) مما يجعلها محرمة عليه حتى يكفر عن ظهاره[١٢٨] ، لقوله تعالى في سورة المجادلة (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله ، تلك حدود الله وللكافرين عذاب اليم)[١٢٩] .

ومن الكفارات الاخرى كفارة التمتع التي نص عليها الخالق سبحانه في سورة البقرة بقوله (فاذا آمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من

---

(١٢٦) النهاية للطوسي — المرجع السابق — ص ٥٦٨—٥٦٩ .
الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية — لزين الدين العاملي (الشهيد الثاني) — ج ٣ ط ١ (النجف مطبعة الاداب ١٩٦٧ ص١٣ .

(١٢٧) عبدالعزيز الخياط — المجتمع المتكافل في الاسلام — المرجع السابق — ص ٢٢٧ .

(١٢٨) الخياط — المرجع السابق — ص ٢٢٨/ شرح فتح القدير — لكمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام — ج ٣ ط ١ المطبعة الاميرية ببولاق — مصر ١٣١٦هـ ص ٢٢٦ .

(١٢٩) آية رقم ٣—٤ .

الهدى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام من الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام واتقو الله واعلموا ان الله شديد العقاب)[١٣٠] . والمراد من هذه الكفارة ، الترفق باداء الحج والعمرة في سفر واحد من غير ان يلم بأهله بينهما الماما صحيحا . حيث يهل الرجل بالعمرة في اشهر الحج من الميقات اذا كان مسكنه خارجا عن الحرم ثم يعود حتى يصل الى بيت الله فيطوف لعمرته ويسعى ويحلق في تلك الاشهر بعينها ثم يحل بمكة ثانية ، ثم يحل الحج في ذلك العام بعينه وفي تلك الاشهر بعينها دون ان ينصرف لاهله ، وقد سمي تمتعا لان اهله ليسوا حاضرى المسجد الحرام معه[١٣١] . وكفارتها ، ذبح شاة او بقرة وتوزيعها على المسلمين من فقراء مكة[١٣٢] . وكذلك كفارة قتل الصيد في الحج قررها الله سبحانه وتعالى في سورة المائدة بقوله « يا ايها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ، ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم ، يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما ليذوق وبال امره ، عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام »[١٣٣] .

اما المقصود بالنذور فهو التزام الشخص المسلم المكلف ، بواجبات دينية مالية في المستقبل ابتغاء التقرب من الله تعالى[١٣٤] . فتخرج من ذلك نذور الاضرحه . لانها غير خالصة لله تعالى ولا تكون واجبة عند كثير من

---

(١٣٠) آية رقم ١٩٦ .

(١٣١) بدايه المجتهد ونهاية المقتصد — لابن رشد الحفيد جـ١ المرجع السابق — ص ٣٣٨ .
الخياط — المرجع السابق — ص ٢٢٩—٢٣٠ .
الروضة البهية — للعاملى — المرجع السابق — ص ١٢ .

(١٣٢) الخياط — المرجع السابق — ص ٢٣٠ .

(١٣٣) آية رقم ١٥ .

(١٣٤) الشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك — لابي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير — جـ٢ دار المعارف بمصر ١٩٧٢ ص ٢٤٩ .

العمهاء ، ولقوله (ص) (من نذر ان يطيع الله فليطعه ، ومن نذر ان يعصى الله فلا يعصه)[١٣٥] .

لهـذا قـرر جمهور الفقهـاء وجوب الوفاء بالنذر ، واعتبار من لم يوف به آثما لمعصيته امر الخالق . وفي ذلك دعم للتكافل في المجتمع وعون للفقراء الذين لا علم لبيت المال بحالهم[١٣٦] .

اما بقية التكاليف الدينية الاختيارية ، كالصدقة التي امر بها القرآن في عدد من الآيات الكريمة ، فسبيل لا شك فيه الى رسوخ التكافل ومورد له ، لما نطوى عليه اعانة المعوز او الضعيف من نفع له وقوة للمجتمع .

المبحث الثـاني

الملكية حق مقيد بقيود شرعية وارادية

تمهيـــد :

أنضح مما تقدم ، ان الملكية وفق الرأى الغالب في الفكر الاسلامي حق يقوم على غريزة فطرية ، وان لها وظيفة اجتماعية تمارس تحقيقا لمقاصد الشارع من شرعه . وقد قدمت الادلة على ان هذا الحق ذا طبيعة مزدوجـة فرديـة واجتماعية .

ان الملكية تتحقق بحيازة الانسان المال بطرق مشروعة حقيقية أو حكما[١٣٧] . وقد عرفه بعض الفقهاء بانه (حكم شرعي مقدر بالعين او المنفعـة يقتضي

(١٣٥) الشيخ ابو زهرة ـ الاسلام والتكافل الاجتماعي ـ المرجع السابق ـ ١٠٢ ـ ١٠٣ .
(١٣٦) الشيخ ابو زهرة ـ المرجع السابق ـ ص ١٠٣ .
(١٣٧) عبدالعظيم شرف الدين ـ تاريخ التشريع الاسلامى واحكام الملكيـة والشفعة ط ١ ، ١٩٦٩ ص ٢٤٥/ على الخفيف ـ الملكية في الشريعـة الاسلامية ـ ج ١ هامش ص ٢٠ .

تمكين من يضاف اليه من انتفاعه بالشيء واخذ العوض عنـه)[138] • وفي وصف الملك بالحكم الشرعي ما يجعله صالحا ومهيا لان يقيد بما تقتضيـه الاحكام والادلة السرعية من القيود[139] • لان الملكية ليست حقـا مطلقـا للفرد وانما تنوء تحت تكاليف كثيرة ونقيد بعدد من القيود اريد بها ضمان اداء وظيفتها الاجتماعية[140] •

فالملكيه لا نعدو ان تكون حق السخص السرعي في اختصاصه بالمـال اختصاصا يمنع الغير ويمكنه ابتداء من التصرف فيه بكل التصرفات النسرعية عند تحقق اهلية القيام بهذا التصرف[141] ، وفقا للقواعد العامة التي تساير قصد النسارع •

ويبدو الملك في الاسلام على نوعين : الملك التام والملك الناقص • اما الملك التام فهو ملك ذات السيء ، او كما يعبر عنه الفقهاء : ملـك رقبتـه ومنفعته • واما الملك النافص فهو ملك المنفعة وحدها ، دون العـين التي تكون ملك الغير ، او هو ملك العين دون المنفعة[142] •

لقد سبق ان فرقت بين ثلاثه انواع رئيسة من الملكيـة في السـريعة الاسلامية ، فبينت ان من الاموال ما يخضع لتملك الجماعة بصورة مشتركة

---

(١٣٨) تقي الدين النبهاني ـ النظام الاقتصادي في الاسلام ـ ط ٣ القـدس منشورات حزب التحرير ١٩٥٣ ص ٥٨ .

(١٣٩) على الخفيف ـ المرجع السابق ـ ص ٢٢-٢٣ .

(١٤٠) عبدالباقى البكري ـ المرجع السابق ـ ص ٨٩٢-٨٩٣ .

(١٤١) محمد انيس ابراهيم ـ القيود التى ترد على الملكيه في التسريعه الاسلامية ـ البحث السابق ص ٢٣٧ .

(١٤٢) محمد مصطفى شلبي ـ المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ـ بيروت ـ دار النهضة العربية ـ ١٩٦٩ ص ٣٤١.
الاسباه والنظائر في الفروع ـ لجلال الدين عبدالرحمن بن ابـى بكـر السيوطي ـ القاهرة ـ مطبعه مصطفى محمد ـ ١٩٣٦ ص ١٩١،١٩٦.
احمد ابراهيك بك ـ كتاب المعاملات السرعية الماليه ـ المرجع السابق ـ ص ١٠-١١/ محمد يوسف موسى ـ الفقه الاسلامي ـ المرجـع السابق ـ ص ٢٥٦ .

ويخصص للانتفاع العام ، وان من الاموال ما يكون ملكا للافراد ويتحدد الانتفاع بها في حدودها المرسومة شرعا ، وان منها ما يكون ملكا للدولة وتضاف ملكيته او حق التصرف فيه عادة الى ولي الامر او من يمثله كالاراضي الموات[١٤٣] . ثم تساءلت عن ملكية الثروات المعدنية من المعادن والنفط والذهب والفضه والحديد والنحاس وما الى ذلك ، وما اذا كانت هذه الاموال تخضع لتملك الامام أو الافراد ، وارجأت الكلام عليها الى هذا المبحث ، لان الاجابة على هذا التساؤل تستمد من المبادىء التي تنظم الملكية في الشريعة الاسلامية وتعتمد على القيود الواردة على حقوق الافراد .

فقد ذهب بعض الفقهاء الى القول ان هذه الثروات الطبيعية سواء كانت في باطن الارض ام على ظاهرها ، تخرج عن نطاق تملك الافراد اذا وجدت في ارض لا يملكها احد ملكية خاصة ، والى انه لا يجوز للامام ان يقطعها لاحد الا بالاحياء والاستخراج ، وانه ينبغي استغلالها لصالح الامة جميعها[١٤٤] . ورأى بعض الفقهاء اعطاء اربعة اخماس المعدن الصلب من الذهب والفضة والنحاس الى الواحد في الارض المباحة[١٤٥] . الا ان بعض فقهاء الجعفرية رأوا ان المعادن الظاهرة تكون ملكا للامام وله ان يقطعها ان شاء[١٤٦] .

وقد ميز الامام ابو حنيفة بين المعادن الصلبة ، كالذهب والفضة والنحاس ، والمعادن السائلة كالنفط والقير . وحكم الاولى عنده ، ان الارض التي تخضع لضريبة العشر والخراج ، يستحق مالكها اربعة اخماس

---

(١٤٣) انظر الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرساله .

(١٤٤) حاشية ابن عابدين ــ جـ ٥ المرجع السابق ــ ص ٣٠٣ــ٣٠٤ .
مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامه ــ جـ ٧ المرجع السابق ــ ص٢٩
محمد انيس ابراهيم ــ البحث السابق ــ ص ٢٤١ ــ ٢٤٢ .

(١٤٥) احمد ابراهيم ــ كتاب المعاملات الشرعية المالية ــ المرجع السابق ــ ص ٤٢ .

(١٤٦) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩، ٤١ .

المعدن الذى يعثر عليه في ارضه ، وايده في ذلك الصاحبان[١٤٧] . اما الارض التي لا تخضع للعسر والخراج فيكون ما يعثر عليه فيها ملكا لمالكها ولاينبت عليه حق لبيت المال[١٤٨] . اما حكم المعادن السائلة التي تكتسف في ارض ما فتكون ملكا لصاحب الارض في رأى الامام ابي حنيفه وصاحبيه ولايثبت حق لبيت المال عليها ، لان حكم المعدن السائل شبيه بحكم الماء المستخرج من الارض الذى لا يجب فيه شيء[١٤٩] . واضاف بعض الفقهاء ، ان المعادن اذا وجدت في ارض موقوفه ، وهي ليست مملوكة ملكية خاصة ولا مباحة ، فان اربعة اخماس المعدن الذى يعثر عليه فيها يصرف في مصالح الوقف الذى وجد فيها ولا يعطي شيء منه الى المستحقين فيها لانه لا يعد من ثمار الوقف ولا من غلاته[١٥٠] .

وأرى ان المعادن بانواعها ، الصلبة والسائله ، تعد جزءا من الثروات الطبيعيه المملوكه للدولة والتي ينبغي استغلالها بما يحقق المصلحة العامة ، ولهذا كان رأى الفقهاء الذين ذهبوا الى اعتبارها ملكا للدولة لتستغل لصالح كل الناس[١٥١] ، اقرب الى تحقيق المصلحة العامة وضمان العداله الاجتماعية، خاصة وان المعادن لا تعد جزءا من الارض ولا من منافعها المقصودة[١٥٢] .

---

(١٤٧) حاشية ابن عابدين — المرجع السابق — ص ٣٠٤ .
احمد ابراهيم — المرجع السابق — ص ٤٢—٤٣ .

(١٤٨) احمد ابراهيم — المرجع السابق — ص ٤٢—٤٣ .
محمد انيس ابراهيم — البحث السابق — ص ٢٤٢ .
فتحى الدرني — المرجع السابق — ص ١٥٣ .
محمد مصطفى شلبى — المرجع السابق — ص ٣٨٩ .

(١٤٩) حاشيه ابن عابدين — ج ٥ المرجع السابق — ص ٣٠٤ .
احمد ابراهيم — المرجع السابق — ص ٤٢—٤٤ .

(١٥٠) احمد ابراهيم — المرجع السابق — ص ٤٢ .

(١٥١) تفصيل ذلك انظر :—
محمد انيس ابراهيم — البحث السابق — ص ٢٤٢ / محمد مصطفى سلبى — المرجع السابق — ص ٣٨٩/ فتحى الدرنى — المرجع السابق — ص ١٥٣ .

(١٥٢) فتحى الدرنى — المرجع السابق — ص ١٥٣ .

وكذلك شأن الوقف ، وهو حبس العين على ملك الله والتصدق بمنفعتها ، الذى يخرج عن دائره الملكية الفردية ، لان الملك فيه لله سبحانه وتعالى ولا ملك فيه لاحد في رأى اكثر الفقهاء ، شأن ما يملكه بيت المال الذى يعد مملوكا لجميع المسلمين • ومع دلك رأى بعض الفقهاء جواز تملك الوقف وبعض ما يملكه بيت المال اذا وجد مسوغ سرعي[١٥٣] •

ان القيود التي نرد على الملكية متعددة مختلفه • فمنها قيود واجبة شرعا لمصلحة عامة كنزع الملكيه لاغراض المنفعة العامة والتأميم ، ومنها قيود ترد على حق غير المسلمين في التملك ، ومنها قيود اوجبها السرع لمصلحة خاصة كالتزامات الجوار وحقوق الارتفاق ، ومنها قيود تفرضها ارادة المكلف وسمى بـ (سرط المنع من التصرف) او بالقيود الارادية • وسأتناول بالبحث هده القيود في المطالب الاتية :ـ

المطلب الاول

القيود الواجبة شرعا لمصلحة عامة

قبل ان ابين القيود الشرعية التي ترد على الملكية في السريعة الاسلامية تحقيقا للمصلحة العامة ، يحسن بي بيان ما يحضر على المسلمين تملكه لسبب يتعلق بحق التملك داته • ومن ذلك تحريم السريعة على المسلم تملك ما ليس بمال كالميتة والدم المسفوح ومالا يعتبر مالا متقوماً كالخمر ولحم الخنزير • وقد ورد النهى عنها في النصوص القرآنية والاحاديث النريفة • فجاء في الكتاب العزيز (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به)[١٥٤] و (يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل السيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون)[١٥٥] • كما جاء في سورة

(١٥٣) انظر في ذلك ــ محمد انيس ابراهيم ــ البحث السابق ــ ص ٢٤٢ .
(١٥٤) سورة البقرة ــ آية رقم ١٧٣ .
(١٥٥) سوره المائدة ــ آية رقم ٩٠ .

الانعام (قل لا اجد فيما اوحي الي ّ محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة او دما مسفوحا او لحم خنزير فانه رجس)[١٥٦] .

نهت السنة النبوية عن شرب الخمرة وبيعها وحملها ، وذلك فيما رواه أنس عنه (ص) انه قال : (لعن عاصرها ومعتصرها ، وشاربها ، وحاملها ، والمحمولة اليه ، وساقيها ، وبائعها ، وآكل ثمنها والمشتري لها ، والمشتراة له) ، ومثل ذلك ، تملك الميتة فيما عدا اهابها ، لما روى عن ابن عباس في ما رواه عن الرسول (ص) : (دباغ كل اهاب طهوره)[١٥٧] . وقد حرم الشارع الدم المسفوح لما يترتب عليه من الاضرار بشاربه وان جاز تملكه اذا تحول الى شيء آخر يمكن الانتفاع به كالسماد مثلا[١٥٨] .

وتطبيقا لاحكام الشريعة الاسلامية حرم فقهاؤها الخمر والخنزير على الافراد تملكها واعتبروها أموالا غير متقومة ، اى ليست بذات قيمة في نظر الشرع ، ولا تنتقل بالميراث الى الورثة ، وانما تذهب هدرا . الا ان الفقه اختلف في حكم تملك الذمي لها . فقد ذهب بعض الفقهاء الى القول ، انها اذا كانت لا تعتبر مالا متقوما في حق المسلم فهي تعتبر مالا متقوما في حق غير المسلم فلو أتلفها مسلم لذمي ضمن قيمتها ، وذهب بعضهم الى عدم اعتبارها مالا متقوما بالنسبة للذمي والمسلم معا[١٥٩] .

ويقول الشيخ الطوسي (ان جميع الاشياء التي حرمها الخالق وزهد فيه لا يجوز التكسب به ولا التصرف فيه على حال ، لان التصرف فيه حرام على جميع الوجوه ، كالخمر ولحم الخنزير الذى يكون بيعه وهبته واكله

---

(١٥٦) آية رقم (١٤٥) .
(١٥٧) الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ٥٢ .
صحيح الترمذي ــ جـ ٧ ط ١ المطبعة المصرية بالازهر ١٣٥٠هـ ص ٢٣٢–٢٣٣ .
(١٥٨) الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ٥٢ .
(١٥٩) تفصيل هذا الخلاف انظر : محمد انيس ابراهيم ــ البحث السابق ــ ص ٢٤٣ ــ ٢٤٤ .
علي الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ٥٢ .

حراما ، وكذلك شعره وجلده وشحمه وغير ذلك)(١٦٠) • ومما يذكر أن حرمة الخمر تنسمل كل مسكر ولا تقتصر على نبيذ معين لما ورد عن الرسول(ص) قوله (انهاكم عن كل مسكر)(١٦١) •

ان نهي السارع عن نملك بعض الانسياء لذات حق التملك ، كالخمر والخنزبر والميتة والدم المسموح ، ورد لحكمة تنعلق بمصالح الناس قصد النسارع تحقيقها ، الا انه اجازها عند نحقق الضرورة التي تبيح المحظور • يىرىب على ذلك جواز تملك هذه الاشياء والاستفادة منها في حالات ، كأن تكون لاغراض طبية او لدفع ضرر اشد ، فيختار أهون الضررين •

ان ما يتصل بهذا البحث حكم تملك المسلم للذهب والفضة والحرير • وفيه بسكن الفول انه على الرغم من عدم وجود نص في الكتاب العزيز يحظر على المسلمين استعمال الذهب والفضة والحرير ، الا ان النسريعة حرمت على المسلمين رجالا ونساءا اتخاذ أواني الذهب والفضة للاكل او النسرب بها ، كما حرمت على الدكور ارتداء الحرير واستعمال الذهب للزينه • فقد روى عن امير المؤمنين علي بن ابي طالب (رض) انه قال : (خرج علينا رسول الله (ص)، وفي احدى يدبه ذهب ، وفي الاخرى حرير ، فقال هذان حرام على ذكور امتي وحل لانابها)(١٦٢) • كما روى عن رسول الله (ص) انه نهى عن النسرب في آنية الدهب والفضه وعن لبس الحرير والديباج بقوله الشريف (دعوه لهم في الدنيا ، وهي لكم في الاخرى)(١٦٣) •

ولكن السريعه الاسلامية اذ نهت الرجال عن التختم بالذهب ، فانهـا اجازت لهم التختم بالفضة • فقد اثر عن النبي (ص) انه لبس خاتما من فضة

---

(١٦٠) النهاية في مجرد الفقه والفتاوي ــ للطوسي ــ المرجع السابق ــ ص٣٦٣.
(١٦١) سرح معانى الانار ــ للطحاوي ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٧ .
(١٦٢) شرح معانى الانار ــ للطحاوي ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥٠ .
حاسية ابن عابدبن ــ جـ ٥ المرجع السابق ــ ص ٢٤٤ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠.
(١٦٣) شرح معانى الانار ــ للطحاوي ــ ص ٢٤٦ .

وزنه درهمان ، كما اباحت للنساء استعمال الذهب والفضة للزينة ، لحاجة المرأة الى التزين[164] ، ولان الاحاديث الشريفة صرحت بذلك[165] .

ان الحكمة من تقييد حق المالك في استعمال ما يملك من الذهب والفضة والحرير ، هو منع الترف والزهو والغرور والخيلاء الذى قد يصيب المسلمين . ولذلك فان استعمالها عند الضرورة جائز ، لان تبيح المحظورات. واذا كانت الشريعه الاسلامية تحرم بعض الاشياء لذاتها ، وتضع القيود على استعمال بعض الاشياء ، فهل يجوز نزع ملكية بعض الاشياء من مالكها جبرا ؟ وهل يجوز تأميم الاموال في الاسلام ؟ وهل ترد على حق غير المسلم في التملك في دار الاسلام تحقيقا لمصلحة عامة ؟ هذا ما سأتولى الاجابه عليه فيما يلي :ـ

اولا ـ نزع للملكية للنفع العام :

من المتفق عليه ، ان القيود التي ترد على الملكية في الشريعة الاسلامية تهدف الى تحقيق النفع العام ، فيخول ولي الامر من السلطات ما تكفل ممارستها درء مفسدة او تحقيق مصلحة . كما ان الشريعة الاسلامية جاءت بقواعد كلية تبيح الاستيلاء على جزء مما يملكه الافراد لتحصيل هذا النفع . فالضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام والضرورات تبيح المحظورات . ويجوز وفقا لذلك ، توسيع الطريق على حساب المقبرة ، او توسيع المسجد على حساب الطريق او توسيع الساحة على حساب الدار ، اذا تحققت المصلحة من وراء ذلك .

وقد جرى هذا الاستيلاء في عهد الرسول (ص) والخلفاء الراشدين ، وأقره فقهاء المسلمين واستقر في كل من مرشد الحيران ومجلة الاحكام العدلية، ومنهما انتقل الى القوانين المدنية الوضعية في البلاد العربية . فالمصلحة العامة قد تقتضي احيانا ان يستولي الامام على بعض ما يملكه الافراد تحقيقا لنفع

(١٦٤) محمد انيس ابراهيم ـ البحث السابق ـ ص ٢٥٥ .
(١٦٥) شرح معاني الاثار ـ المرجع السابق ـ ص ٢٥٠ .

يعم جميع المسلمين لما له من ولايه في رعاية الشؤون العامة[١٦٦] • فقد صدرت تصرفات من الرسول (ص) يفهم منها جواز نزع الملكية لاغراض المصلحةالعامة• منها ، انه نزع ملكية يتيمين في ارض يقال لها (المربد) واتخذها مرفقا عاما للمسلمين كافة يؤدون فيها عباداتهم ويديرون شؤونهم[١٦٧] • وانه (ص) اقتطع جزءا من ارض لتكون مرعى عاما لا تقبل الملكية الخاصة وانما تخصص للسواد ، وهذا ما يسمى بـ (الحمى)[١٦٨] • وهو لا يعدو ان يكون اقرارا للملكية الجماعيه في الاسلام ما دامت الارض تصير ملكا لجميع المسلمين ينتفعون منها • وفي ذلك دلاله على حق الامام في انتزاع الاملاك لمصلحة عامة تقدم على المصلحه الخاصة[١٦٩] • وقد حمى الرسول (ص) ايضا جبلا في المدينه يقال له (النقيع) لكي ترعى به خيل المسلمين من الانصار والمهاجرين[١٧٠]، حيث روى عنه (ص) قوله « لا حمى الا لله ورسوله »[١٧١] •

وقد حدث في عهد امير المؤمنين عمر (رض) ان ضاق المسجد الحرام على الناس وكانت الدور محيطة به عدا فتحات يدخل الناس منها الى المسجد ، فساوم اصحابها على الشراء ، فرضي بعضهم وأدخل دورهم في ساحة المسجد، وأبى البعض الاخر فأخذها منهم جبرا ، ووضع قيمتها في خزانة الكعبة ، وظلت فيها حتى تسلمها اصحابها ، وحدث ذلك مرة اخرى في زمن امير المؤمنين عثمان (رض) الذى فعل ما فعله عمر (رض)[١٧٢] • كما يستدل على

---

(١٦٦) محمد انيس ابراهيم — البحث السابق — ص ٢٤٥ •
(١٦٧) أحمد جمال‌الدين — نزع الملكية في أحكام الشريعة ونصوص القانون — مطبعة الرابطة — بغداد ١٩٦٦ ص ٣٠ •
(١٦٨) محمد انيس ابراهيم — البحث السابق — ص ٢٤٥ •
(١٦٩) الخفيف — الملكيه الفرديه وتحديدها في الاسلام — البحث السابق — ص ١٠٨ •
(١٧٠) الاحكام السلطانيه — لابى يعلى — المرجع السابق — ص ٢٠٦ •
(١٧١) الاحكام السلطانيه — للماوردي — المرجع السابق — ص ١٨٥ • الخفيف — الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام — البحث السابق — ص ١٠٨ •
(١٧٢) الخفيف — الملكية في الشريعة الاسلامية ج ١ المرجع السابق — ص ١٠٤—١٠٥ أحمد جمال‌الدين — المرجع السابق — ص ٣٢—٣٣ •

جواز تقييد الملكية الخاصة في الشريعة الاسلامية للضرورة الاجتماعية ، بما قام به امير المؤمنين عمر (رض) حين حمى (الربذة والنسرف) وهما موضعان بين مكة والمدينة ، وجعلهما مرعى لجميع المسلمين ، الا ان اهلها جاؤا يقولون له : انها بلادنا ، قاتلنا عليها في الجاهلية واسلمنا عليها في الاسلام ، علام تحميها ؟ فقال عمر « المال مال الله ، والعباد عباد الله ، والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الارض شبرا في شبر »(١٧٣) .

يتضح مما تقدم ، ان الغرض الذى من اجله حمى الرسول (ص) النقيع، وحمى الخليفة عمر (رض) الربذة والسرف ، هو ما تقتضيه مصلحة المسلمين وتتطلبه الضرورة العامة .

وقد نهى الاسلام عن الاحتكار . فروى عن الرسول (ص) انه قال : « من احتكر حكره يريد ان يغلي بها على المسلمين فهو خاطىء »(١٧٤) . واجازت السريعة لولي الامر اجبار المحتكر على بيع ما احتكر وفقا لسعر السوق ، لان الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام تحقيقا للمصلحة العامة، مما يبرر نزع ملكية المحتكر اذا أصر على احتكاره وبيع المال الذى احتكره للناس سدا لحاجاتهم(١٧٥) . وذلك اعمالا للحديثين النسريفين : « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون »(١٧٦) و « لا يحتكر الا خاطيء »(١٧٧) .

وقد رأى بعض الفقهاء ان الاحتكار لا يتحقق الا اذا كان بالناس حاجة سديدة الى المال المحتكر ، ولا يوجد في البلدة غير (١٧٨) . ومع ذلك فقد اتجه

---

(١٧٣) الاموال — لابي عبيد — المرجع السابق — ص ٢٩٩/ الخميف — البحث السابق — ص ١٠٨/ محمد انس ابراهيم — البحث السابق — ص ٢٤٥/ فنحى الدرينى — المرجع السابق — ص ١٥٢ .

(١٧٤) نيل الاوطار — للتسوكانى — ج ٥ المرجع السابق — ص ٢٣٣ .

(١٧٥) عبدالمقصود سلتوت — نظريه التعسف في استعمال الحق — البحث السابق — ص ١٨٢ .

(١٧٦) سنن ابن ماجة — ج ٢ — المرجع السابق — ص ٧٢٨ .

(١٧٧) سنن ابن ماجة — ص ٧٢٨ .

(١٧٨) النهاية في مجرد الفقه والفتاوي — للطوسى — المرجع السابق ص ٣٧٤ .

اغلب فقهاء المسلمين الى الفول ، ان الضرورة الاجتماعية تبيح لولي الامـــر التدخل لتسعير الاسياء نسعيرا جبريا[179] او لنزع ملكية الاشياء المحتكرة لقاء تعويض المحتكر ، دفعا للضرر عن الجماعة .

ان تقييد الحق في الفقه الاسلامي يؤكد الاتجاه الجماعي فيه ، لانــه يهدف الى مراعاه مصالح الجماعة[180] ، اى المصلحة العامة . ان هذا الاتجاه في الفقه الاسلامى نولت صياغته مجله الاحكام العدلية . فنصت عـلى جواز الاسنملاك نزولا عند مقتضيات المصلحه العامة في المادة (١٢١٦) التي قضت بما يأتي : « لدى الحاجه يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان ويلحق الى الطريق لكن لا يؤخذ من يده ما لم يتأد الثمن »[181] . ولم تكتف الدولة العثمانية بهذا النص في المجلة ، بل اصدرت سريعات خاصة بالاستملاك في ٤ رجب ١٢٧٢ هـ . واصدرت قانون الاستملاك في ٢١ جمادى الاولى ١٢٩٦هـ وقانون الاستملاك الجديد في ٧ ربيع الاول عام ١٣٣٢ هـ[182] .

كما اشار اليه صاحب مرشد الحيران في المادة ١٦٢ ، بقوله « لاينزع ملك احد من يده بغير حق شرعي » . وفي المادة ١٦٥ بنصه على انــه « اذا

---

(١٧٩) برى الطوسى في المبسوط الى انه « لا يجوز للامام ولا للنائب عنه ان بسعر على أهل الاسواق متاعهم من الطعام وغير سواء في حال الغلاء أو في حال الرخص بلا خلاف ، وروى عن النبي (ص) ان رجلا اتاه فقال : سعر على أصحاب الطعام ففال :

بل ادعو الله ىم جاء اخر ففال : ىا رسول الله سعّر على اصحابالطعام ففال : بل الله يرفع ويخفض ، واني لارجو ان الفى الله وليست لاحد عندي مظلمة » .

المبسوط في ففه الامامية ــ لابي جعفر محمد بن الحســن بن علــي الطوسي جـ ٢ صححه وعلق عليه السيد محمد تفي الكشـفي ــ المكتبــة الرضوبة ــ ايران (بدون سنة نشر) ص ١٩٥ .

(١٨٠) محمد فاروق النبهان ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٥ .

(١٨١) مجلة الاحكام العدلية ــ تصحيح الشيخ بوسف الاسير ط ٣ المرجع الســابق .

(١٨٢) في تفصيل هذه التشريعات انظر : احمد جمالالدين ــ المرجع السابق . ص ٣٦ ــ ٣٧ .

اقتضت المصلحة العامة أخذ ملك لتوسيع طريق العامة يؤخذ بقيمته لكـن لا يؤخذ من يد صاحبه ما لم يؤد له ثمنه مقدرا بمعرفة من يوثق بعدالته من أهل الخبرة »[183] .

ان من الجدير بالذكر ، ان على ولي الامر دفع تعويض عادل اذا لجأ الى انتزاع الملك من يد صاحبه لاغراض النفع العام ، الا اذا دعت الضرورة الى ان يفرض الامام ضريبة يأخذها من القادرين عليها لمصلحة المسلمين وقد تبدو هذه الضريبة في صورة عدم التعويض عما انتزع من الاموال من ملكية اصحابهـا نزولا عند مقتضيات الضرورة الاجماعيه[184] . ولا يخفى ما ينطوى عليـه هذا الانجاه من نفضيل لمصلحة الجماعة على حق الفرد عند الضرورة . يؤكد ذلك ما أقره فقهاء المسلمين من قواعد اصولية ، منها : (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)[185] التي تعني اعتبار واحترام المصلحة العامة للمسلمين وتقديمها على المصلحة الخاصة عند تعارضهما[186] . وقاعدة « الضرر الاشـد يزال بالضرر الاخف »[187] و (درء المفاسد اولى من جلب المنافع)[188] .

يتضح مما تقدم ، ان نزع الملكية الخاصة للافراد لضرورات اجتماعية ، يعد قيدا شرعيا على حقوقهم ، وهو من المبادىء التي تنظم الملكية في السريعة الاسلامية ، ذلك التنظيم الذى اريد به ضمان اداء الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ، الامر الذى جعل كثيرا من التسريعات الوضعية في البلاد العربيـة نأخذ بما اتجهت اليه السريعة في هذا الخصوص ، ومنها القانون العراقي ، على نحو سأتولى تفصيله في الفصل الثاني من هذا الباب .

---

(١٨٣) مرشد الحيران — ط ٢ المرجع السابق .
(١٨٤) محمد انيس ابراهيم — البحث السابق — ص ٢٤٨ .
الخفيف — الملكية في الشريعة الاسلامية ج ١ — المرجع السابق — ص ١٠٦/ فتحى الدريني — المرجع السابق — ص ٤١٩ .
(١٨٥) المادة ٢٦ من مجلة الاحكام العدلية .
(١٨٦) فتحي الدرينى — المرجع السابق — ص ٤٦١/ سعيد الزهـاوي — المرجع السابق — ص ٣٣٧ .
(١٨٧) المادة ٢٧ من مجلة الاحكام العدلية .
(١٨٨) المادة ٣٠ من مجلة الاحكام العدلية .

ثانيا ــ التأميم اذا دعت اليه مصلحة عامة :

يراد بالتأميم من الناحية اللغوية ما يقابل كــلا مــن المصطلح الفرنسي والانجليزى Nationalisation الذى ينسب الى كلمه Nation اى الأمة •

فتأميم المال يعنى جعله ملكا للامة • وقد ورد مصطلح التأميم في الغرب لاول مرة في بدايه القرن العشرين ، ودخل الى اللغة العربية بفعــل انتشار الفكــر الاشتراكي التقدمي وانتصار مبدأ تدخل الدولــة[١٨٩] • اما مــن الناحيــة القانونية ، فقد وضع كثير من الفقهاء والشراح تعريفات للتأميم[١٩٠] ، لعــل اهمها وادقها ، التعريف الذى ساقه الاستاذ كاتزاروف ، وان كان قد اغفــل في تعريفه ذكر التعويض كأثر يترتب على قيام الدولة بالتأميم • فقد عــرف التأميم بانه : (تحويل مال معين او نشاط ما ، يمكن ان يكون وسيلة مــن وسائل الانتاج او التبادل في المعنى الواسع لهذا الاصلاح ، الى ملكية جماعية او نشاط جماعي بقصد استعمال هذه الملكية او ذلك النشاط في الحال او في الاستقبال في اغراض المصلحة العامة العليا وليس في سبيل المصلحه الفرديــة الخاصة)[١٩١] •

ان للتأميم اسبابه السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها ، الا انه لا شأن لنا هنا بهذه الدوافع التي سأوضحها فيما بعد • ولكن السؤال الذى يثار في هذا الصدد ، ما اذا كانت الشريعه الاسلامية تجيز التأميم ام

---

(١٨٩) صفاء الحافظ ــ المرجع السابق ــ ص ٣١ •

(١٩٠) انظر تعريف الاستاذ محمد طه البشير ــ الحقوق العينيه الاصليــة ــ (مسحوبه بالرونو) ص ٤٨/ وانظر شاكر ناصر ــ المرجع السابق ــ ص ١٠١/ سعيد مبارك ــ المرجع السابق ــ ص ٤٦ فتحى عبدالصبور ــ الاثار القانونيه للتأميم والحراسه الادارية على الاموال ــ ط ١٩٦٧ ص ٢١ •
صفاء الحافظ ــ المرجع السابق ــ ص ٣١ •

(١٩١) كاتزاروف ــ نظرية التأميم ــ المرجع السابق ــ ص ٣٩٤ ــ ٣٩٥ • ومن المؤيدين لهذا التعريف الدكتور سعد العلوس ــ الشركه العراقية للعمليات النفطية ــ بحث منشور في مجلة الحقوقى ــ العددان الثانى والثالث السنة ٥ ، ١٩٧٣ ص ١٤٠ هامش رقم (١) •

تأباه ، وبعبارة اخرى هل التأميم يخالف قواعد الاسلام لكونه ينزع الملكية من صاحبها سخصا طبيعيا كان او معنويا ، ام انه يساير مبادئها • لقد اختلف الرأى في هذا السأن على النحو الذى سأتناوله فيما يلي بالبحث الوجيز •

الرأى الاول ـ ذهب بعض الفقهاء الى القول ان تأميم وسائل الانتاج يخالف احكام الاسلام ويعارض مبادئه ، وانه اذا اريد اصلاح نظام الارض وزراعتها وفق مبادىء الاسلام فينبغي عدم اللجوء الى فكرة التأميم • فقال بعضهم (من الخطأ كل الخطأ من حيت الفكرة والنظرية الاساس في النسرع ، القول بتأميم الارض وغيرها من وسائل الانتاج بعد انتزاعها من ايدى اصحابها)[192] •

الرأى الناني ـ ومفاده ان الاموال اذا لم نكن مخصصة للنفع العام تظل ملكا خالصا للفرد ولا نستطيع الدولة تأميمها بنزع ملكيتها جبرا من صاحبها بأسم المصلحة العامة وانما يتم ذلك بموافقة مالكها على البيع • وعندئذ يتم البيع كأى نزول عن الملك بالبيع لاى شخص آخر • ويبرر اصحاب هذا الرأى ما ذهبوا اليه بالقول :ـ

> (لان املاك الافراد محترمة ومصونة ولا يجوز ان يتعدى عليها احد حتى الدولة ••• وبذلك يظهر ان التأميم ليس من الملكية العامه ، ولا من ملكيه الدولة ، ولا هو من الاحكام الشرعية ، بل هو من ترقيعات النظام الرأسمالي)[193] •

ان امعان النظر في هذين الرأيين يبيح لي القول انهما بعيدان كل البعد عن مبادىء السريعة الاسلامية ومقاصدها • فالنسريعة قد اجازت نزع الملك الخاص من الافراد عند تحقق الضرورة الاجتماعية ، لقاء تعويض او بدونه، على النحو الذى سبق بيانه ، بسبب ما للملكية من وظيفة اجتماعية ، مما يؤكد

---

(١٩٢) ابو الاعلى المودودي ـ مسألة ملكية الارض في الاسلام ـ المرجع السابق ـ ص ٩١ـ٩٢ •

(١٩٣) تقى‌الدين النبهانى ـ النظام الاقتصادي في الاسلام ـ المرجع السابق ـ ص ١٨٢ ـ ١٨٣ •

ان المقصد العام للسارع ، والفواعد الكلية الفقهية تجيز التأميم وتعتبره حقا طبيعيا يمارسه ولي الامر منعا للاضرار بالمصلحة العامة او لجلب المنفعة بحسم على ولي الامر مباشرتها لضمان توزيع خدماتها على الجماعة • ولهذا السبب حرم الاحتكار والربا وغيرها ، اللذان يعتبران المدخل النرعي لتأميم السركات الاحتكارية او المصارف التي تستغل حاجة المواطنين • وقد ورد النهى عن استغلال الحاجة في عدد من المواضع في السرع • ان الأميم تبرره جملة من قواعد الاسلام • منها ، ان المصلحة العامة نقدم على النفع الفردي ، وان درء المفاسد اولى من جلب المنافع ، وان الضرورات تبيح المحضورات وان الضرر يدفع بقدر الامكان •

وعليه ، فان الرأى الاول الذى ذكره (المودودى) يبتعد عن الصواب وبعوزه الدليل المنطقي ، ويفتقر الى السند النرعي الذى يثبت كون تأميم وسائل الانتاج يخالف الاسلام وينافض قواعده • وتتساءل على سبيل المثال : هل تأميم الشركات الاحتكارية التي تستغل الموارد والثروات بصورة سنكر لعدالة توزيع الارباح والانتاج ، او في الغاء العلاقات الاقطاعية في الارض واشكال الاستعباد ، او في تأميم المصارف الاجنبية التي تلحق ضررا بالاقتصاد الوطني ، ما يخالف ويناقض قواعد الاسلام وقصد السارع ؟

ان الوقائع التاريخية تنبت ان التأميم خير وسيلة للقضاء على الاستغلال والاحتكار والربا ، مما حرمته السريعة بصراحه النصوص وادله الاحكام ، وانه افضل طريق لضمان المصلحة العامة والحفاظ على الثروة الوطنية ما دام ولى الامر ، اى الدولة ، هو من يباشر المرافق المؤممة •

اما الرأى الناني ، فرأى متسبع بالنزعة الفردية التي تقدس حق الملكية ، وهي نزعة سبق ان بيّنا مساوئها[١٩٤] • ولذلك يصح لي القول خلافا لما دهب اليه (النبهاني) ، بأن من حق الدوله ان ننزع الملك ممن ساء او ان نؤممه جبرا على مالكه كلما نبت لها ان النفع العام يتحقق بهذا الطريق ، سواء

---

(١٩٤) انظر ص ٦٢ من هذه الرسالة •

رضي صاحبه بهذا الاجراء ام لم يرض • واذا كانت املاك الافراد الخاصة محترمة ومصونه من الاعتداء عليها ، الا ان هذه الصيانة والحرمة تقف عند حد معين ، هو عدم الاضرار بالمصلحة العامة او التعارض معها ، وبالتالي لا يمكن ان يعتبر التأميم او نزع الملكية الفرديه اعتداءا من الدولة على الملكية الخاصه ما دامت تدفع لهم التعويض العادل • ثم ان التأميم ليس من ترقيعات النظام الرأسمالي ، بل نعتبر وسائل الانتاج المؤممة من الاموال العامة التي تخصص للنفع العام بعد استثمارها من قبل الدولة وفقا لقانون ينقل ملكيتها من الاشخاص اليها ، الامر الذى يجعل من آراء الكاتب المذكور حجة ودليلا عليه •

ان مما يدعم رأيي ان بعض مذاهب الفقه الاسلامي فصل بين الارض واجزائها ورأى ان الافراد يملكون من الارض ظاهرها فقط فيستغلونها بالزراعة أو البناء أو غيرها ، اما ما في باطنها من المعادن المختلفة في الارض يوم خلقت كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص والنفط والقار وغيرها من الثروات ، فانها تبقى ملكا لجميع المسلمين ، ويفوض ولي الامر بالتصرف بها واستثمارها وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة(١٩٥) •

وقد اثير التساؤل حول الوقف ، وهل يصح اعتباره تأميما ، وبتعبير آخر هل ان التخصيص الفعلي لبعض الاموال يعتبر تأميما ؟ وما هو الاختلاف بين الوقف في الاسلام والتأميم ؟ ذلك ما سأجيب عليه في الفقرات التالية :ـ

١ ـ التأميم وتخصيص الاموال للنفع العام :

ذهب بعض الكتاب الى ان الملكية الشخصيه للماء والكلأ والنار والملح اذا ادت الى حبسها عن الناس والى التحكم في توزيعها وتحديد اثمانها وهم في حاجة اليها مما يلحق بهم ضررا ، جاز للدولة ان تقف ضد هذا الاحتكار وتتخذ الوسائل الكفيله في سد حاجات الناس تحقيقا لمعنى الشركة الوارد في حديث

---

(١٩٥) يفصل ذلك ـ محمد مصطفى سلبى ـ المرجع السابق ـ ص ٣٨٩
فتحى الدرينى ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٣ •

الرسول (ص) بل تكون منفعتها مخصصة للموقوف عليهم ، وهـذا هـو التأميم)[196] .

وللرد على هذا الرأى ، اسوق الملاحظات الاتية . اولاها ، ان الوقف يعني حبس العين على ملك الله تعالى ، اما منفعته فيجرى التصدق بها على جهات الخير ، كالمعابد والمناسك والفقراء والمحتاجين[197] . وثانيهـا ، ان نشـوء الوقف يقتضي توافر شروط منها ما يتعلق بصيغـة الوقف ومنهـا ما يتعلق بالواقف[198] ، وثالثتها ، ان الوقف يعتبر عند جمهور الفقهاء من التبرعـات او الاسقاطات التي تتم بأرادة الواقف وحدها دون حاجـة الى قبـول ، اما القبض فيه او الحكم به ، في رأى من يقول بهما ، فشـرطان للـزوم الوقف لا لأنشائه[199] .

يتضح من هذه الملاحظات ، ان هناك فرقا كبيرا بين التأميم الذي يعني تملك الدولة وسائل الانتاج بموجب قانون ولقاء تعويض ، والوقف الذي يتـم بأراده الواقف بحبس العين الموقوفة على ملك الله تعالى والتصدق بمنفعتهـا لاغراض المصلحه العامه . ولذلك ، لا اوافق الاستاذ السباعي في رأيه للفرق الواضح بين نظامي التأميم والوقف ، كما لا يمكن قبول رأى من يعتبر ان التأميم هو تمليك الفقراء بعض ما يؤخذ من اموال الاغنيـاء لغرض اقامـة التوازن الاجتماعي وانتشار تداول الاموال[200]. وذلك استنادا الى ما ذكرته من عناصر التأميم ونطاقه .

---

(١٩٦) اشتراكيه الاسلام ـ المرجع السابق ـ ص ١٠٣ .

(١٩٧) أحمد على الخطيب ـ الوقف والوصايا ـ ط ١ بغداد ـ مطبعه المعارف ـ ١٩٦٨ ص ٥٥/ محمد ابو زهره ـ محاضرات في الوقف ـ على طلبة قسم الدراسات القانونيه في معهد الدراسات العربيه العاليه ـ القاهره ـ ١٩٥٩ ص ٧ـ٨ .

(١٩٨) أحمد الخطيب ـ المرجع السابق ـ ص ٦٦ وما بعدها .

(١٩٩) الخطيب ـ المرجع السابق ـ ص ٦١ـ٦٢ .

(٢٠٠) د . محمد الدسوقي ـ نظريه التأميم في الاسلام ـ بحث منشور في مجلة الرسالة الاسلاميه ـ تصدرها ديوان الاوقاف في العراق السنه٧ العدد ٨٠ ـ ٨١ ص ٢٠ـ٢١ .

٣ ــ التأميم والاستملاك الجبري

ذهب بعض السراح الى الفول ان « التأميم الذى هو صورة من الاسسلاك انما بسوغ في الاسلام اذا كان فبه مصلحة عامة تكون الدولة نسنوجبه لبنائها وكبانها ودفاعها ومرافقها العامة او تنستد حاجة الجمهور اليه او بكون في بقائه في حيازة اصحابه حبف واحتكار ضار أولا ودفع عنه نعويض عادل ثانيا »(٢٠١) ٠

وبسنفاد من هذا الرأى ، التأكيد على جواز التأمبم في السريعة الاسلامية اذا دعت اليه مصلحة عامة لقاء دفع تعوبض عادل ، الا انه خلط بين مفهومين التأميم والاستملاك ، واعتبر التأميم من صور الاخير ٠ ولذلك فان رفع الخلط بينهما يقتضيني بيان ما يأتي لتوضيح الفرق بين الوضعين ٠

يقصد بالاستملاك ، نزع ملكية العقار والحقوق العينية المتعلقة به ، او نزع الحقوق العينية الاصلية المتعلقة به فقط اذا كانت ملكية الرقبة تعود الى الجهه المستملكة ، وذلك لاغراض النفع العام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب القانون(٢٠٢) ٠ ويقترب الاستملاك من التأميم لان كلا منهما يؤدى الى نزع الملكية الخاصة مقابل تعويض عادل يدفع للمالك(٢٠٣) ، تحقيقا للنفع العام ، الا انهما يختلفان من حيث الموضوع والاجراءات والاثر على النحو الآتي :ــ

أ ــ من حيث الموضوع :ــ ينصب التأميم من حيث المبدأ على مشروع او مشروعات اقتصادية معينة كمشاريع الماء والكهرباء وشركات النفط وغيرها، اما نزع الملكية فغالبا ما يقع على الاموال غير المنقولة من اراض ودور وغيرها لغرض توسيع طريق معين او بناء معمل او تشييد جسر او مستشفى ،

---

(٢٠١) محمد عزه دروزه ــ الاسلام والاشتراكية ــ ط ١ بيروت ١٩٦٨ ص٦١

(٢٠٢) قانون التعديل الخامس رقم ١٢٢ لسنه ١٩٧٤ الذي عدل قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنه ١٩٧٠ ونشر في جريده الوقائع العراقية عدد ٢٣٩٦ في ١٤ــ٩ــ١٩٧٤ . حيث الغى تعريف الاستملاك السابق بموجب الماده الاولى من قانون التعديل .

(٢٠٣) فتحى عبدالصبور ــ الآثار القانونية للتأميم ــ ط ١ المطبعة العالمية ــ ١٩٦٣ ص ١٥ــ١٦ .

فتستملك الدولة هذه الاراضي او غيرها من العقارات من اصحابها لقاء تعويض عادل بدافع من تحقيق المنفعة العامة[٢٠٤] ، كما يلاحظ ان التأميم قد يقع كأجراء ثانوي في بعض الحالات . على الاموال المادية كالمنقولات والادوات الزراعية[٢٠٥] .

ب ـ من حيث الاجراءات :ـ يرى بعض الفقهاء بحق ، ان التأميم اما ان يتم بشكل مباشر طبقا لنص دستوري يخرج بعض الاموال من دائرة تملك الاشخاص لكونها خاضعة لتملك الجماعة ، او وفقا لقوانين خاصة بالتأميم تستند الى الدستور[٢٠٦] . اما في نزع الملكية فان الاجراءات التي تتبع في الاستملاك ابطأ من الاولى لان الدساتير تردها الى قوانين خاصة ، وهذه تعطي لذوي العلاقه حق النزاع والطعن في صحة وجود المصلحة العامة من عدمها التي تدعي الادارة تحققها ، وبالتالي يتم الاستملاك بموجب قرار اداري[٢٠٧] ،

جـ ـ من حيث الاثر :ـ يعتبر دخول الاموال غير المنقولة المستملكة في الدومين العام للدولة من أهم آثار نزع الملكية ، اما التأميم فلا يؤدي دائما الى دخول المشروع او المشروعات الاقتصادية المؤممة ضمن ملكية الدومين العام[٢٠٨] .

اخلص من ذلك الى القول ان التأميم نظام تقره الشريعة الاسلامية وان كان لم يقع في المجتمع الاسلامي بمعناه المعاصر ، وانه لا يعد صورة من صور الاستملاك ولا يختلط بالوقف ، وانما لكل من التأميم ونزع الملكية والوقف نظام خاص به ، الا ان هناك بعض اوجه الشبه تجمع بينها وهي تحصيل المنفعة العامة .

---

(٢٠٤) فتحي عبدالصبور ـ المرجع السابق ـ ص ١٦ .
كاتزاروف ـ المرجع السابق ـ ص ٣٦٧ .
(٢٠٥) كاتزاروف ـ المرجع السابق ـ ص ٣٦٧ .
(٢٠٦) المرجع السابق ـ ص ٣٦٨ .
(٢٠٧) فتحي عبدالصبور ـ المرجع السابق ـ ص ١٦ .
كاتزاروف ـ المرجع السابق ـ ص ٣٦٧ ـ ٣٦٨ .
(٢٠٨) فتحي عبدالصبور ـ المرجع السابق ـ ص ١٦ .

ثالثا – قيود على حق غير المسلمين في التملك :

الاصل ، ان لا فرق في الشريعة الاسلامية بين المسلم وغير المسلم في الحقوق والواجبات الا في بعض الحالات الاستثنائية • وغير المسلم في دار الاسلام يسمى بـ (الاجنبي) وهو اما ان يكون ذميا او مستأمنا دخل دار الاسلام بعقد امان • والذمي ، هو غير المسلم الذى ارتبط مع الدولة الاسلامية بعقد الذمة الذى يتولى ابرامه الامام او نائبه(٢٠٩) • اما المسأمن فهو الاجنبي عن دار الاسلام وان كان فيها وهو ليس بمسلم ولا ذمي(٢١٠) • وانما دخل دار الاسلام بعقد امان مؤقت(٢١١) • اما الحربي فلا يجوز له الاقامة في دار الاسلام اكثر من سنة ، في رأى بعض الفقهاء • فان رجع الى وطنه قبل تمامها فلا جزية عليه ، وان مكث سنه فهو ذمي والتزم بدفع الجزيـه(٢١٢) • كما اشترط بعض الفقهاء في دور أهل الذمه المحدثه ان لا تعلو على ابنية المسلمين فان ساوى بناء المسلمين فعلى الذمي ان يقصره عنه الا اذا كان قد ملكها مباعه فانها تقر على ما كانت عليه هكذا(٢١٣) •

ان من القيود المفروضه على الذمي في دار الاسلام ضريبة الجزية التي تؤخذ عن الرؤوس ، وضريبه الخراج التي تعتبر تكليفا حاليا علـى الذمي في ارضه(٢١٤) • اما الضرائب التجاريه (العشور) فانها تفـرض عـلى الذميين والمستأمنين وعلى المسلمين • وتتحدد الضريبة التي تفرض على اموال الذمي

---

(٢٠٩) عبدالكريم زيدان – احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام – ط ١ بغداد ١٩٦٣ ص ٦٢٤ •

(٢١٠) المرجع السابق – ص ٦٢٦ •

(٢١١) موسوعه جمال عبدالناصر في الفقه الاسلامى – المرجـع السابق – ص ١٢١ •

(٢١٢) شرح فتح القدير – لكمال‌الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابـن الهمام جـ ٤ – المطبعه الاميرية ببولاق – مصر – ١٣١٦هـ ص ٣٥١/ الخراج – لابى يوسف – المرجع السابق – ص ١٨٩ •

(٢١٣) المبسوط في فقه الاماميه – للطوسى – جـ ٢ – المرجع السـابق – ص ٤٦ •

(٢١٤) عبدالكريم زيدان المرجع السابق – ص ١٥٩ •

المعدة للتجارة بـ ١/٢ العشر على امواله التي ينتقل بها من بلد الى بلد ، وبالعشر على اموال المستأمن التي يدخل بها دار الاسلام[٢١٥] .

وجاء في الفتاوى الانقروية انه « اذا تكارى اهل الذمة دورا فيما بين المسلمين ليسكنوا فيها جاز لانهم اذا سكنوا بين المسلمين رأوا معالم الاسلام ومحاسنه . وشرط الحلواني قلتهم بحيث لا يتضرر بهم المسلمون ، اما لو كثروا بحيث تعطل بسبب سكناهم مصالح بعض المسلمين او نفضي الى قلتهم فيمنعون من السكن ويؤمرون بالانتقال الى ناحية تخلو من المسلمين »[٢١٦] .

والقاعدة ، ان للمستأمن (الاجنبي) ان يبيع ويشتري في غير ما هو محظور ، وله ان يمتلك كالمسلم ، الا ان هذه القاعدة تتقيد بقاعدة اصولية ، هي ان (الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام) . فان كانت المصلحة العامة للمسلمين تقتضي تقييد ملكية المستأمن في بعض الاحوال ، فان ذلك يتماشى مع مبادئ الاسلام خاصة وان الامان الذي اعطي له مؤقت[٢١٧] . ولذلك لا يسمح له بتملك الاموال غير المنقولة الا اذا أقام على وجه القرار والبقاء وتحول الى ذمي . لانه اذا خرج حربيا كان ماله فيئا للمسلمين . ولذلك كان منعه من التملك متسقا مع الاحكام الشرعية[٢١٨] .

الا ان بعض الفقهاء رأى ان ليس هناك ما يمنع شرعا من خطر تملك الاموال غير المنقولة في البلاد الاسلامية على الاجانب ، بل ربما كان ذلك هو الاقرب الى تحقيق ما تهدف اليه مبادئ الشريعة الاسلامية من محافظة على سلامة الدولة واستئثار اهلها بثروتها القومية[٢١٩] .

يبدو مما تقدم ، ان تقييد حق غير المسلمين في تملك الاموال في دار

---

(٢١٥) المرجع السابق — ص ١٧٦ .
(٢١٦) الفتاوي الانقرويه — لمحمد بن الحسيني الانقروي ج ١ مطبعه بولاق — مصر ١٢٨١هـ ص ٢٣ .
(٢١٧) محمد انيس ابراهيم — البحث السابق — ص ٢٥١ .
(٢١٨) المؤلف نفسه — ص ٢٥٢ .
(٢١٩) الخفيف — الملكية في الشريعه الاسلامية — جـ ١ المرجع السابق — ص ١١٣ .

الاسلام امر يتفق ومبادىء الشريعة الاسلامية ، والى ان القيود التي ترد على حق المستأمنين في التملك على نحو اكثر منها بالنسبة للذمي وان كانا من الاجانب نعزى ان المستأمن شخص غير مسلم يستقر في دار الاسلام بعقد امان مؤقت دون ان يدفع خلال اقامته الجزية وان كان يخضع لعشور التجارة ، اما الذمي فان عقد امانه دائم وهو يدفع الجزية الى بيت المال • ولذلك فلا غرو ان سمح له بتملك الاموال عقارات ومنقولات في حدود ما بيناه ، ومع ذلك فان حقوق كل من الذميين والمستأمنين في دار الاسلام تقيدها القواعد الكلية في الشريعة والمقصد العام للشارع الذى يغلب مصلحة المسلمين على المصلحة الخاصة وكل ذلك لاجل تنظيم الملكية في الشريعة الاسلامية •

المطلب الثاني

القيود الواجبة شرعا لمصلحة خاصة

ليست المصلحة العامة وحدها ، هي التي اقتضت فرض القيود الشرعية على الملكية الخاصة في الشريعة الاسلامية ، وانما اقتضت ذلك احيانا مصلحة خاصة اولى بالاعتبار من مصلحة المالك • فرتب الشارع حقوق الارتفاق على عقار مجاور يملكه مالك آخر ، سواء كان ذلك لغرض الزراعة او المرور او غيرها • كما قيد الشرع حقوق المالك بقيود فرضها لمصلحة الجار • والواقع ، ان المصلحة الخاصة لم تكن الدافع الى تقرير هذه الحقوق والقيود وانما روعيت مصلحة الجماعة كذلك ، لان المصلحة العامة املت على الشارع مراعاة المصلحة الخاصة في فرض هذه القيود[٢٢٠] •

ولبيان القيود المقررة شرعا لمصلحة خاصة ، سأتكلم على مبدأ عدم اساءة استعمال الحق اولا وقيود الجوار ثانيا ، ثم اوضح حقوق الارتفاق اخيرا •

---

(٢٢٠) علي الخفيف ــ الملكية في الشريعة الاسلامية ــ جـ ١ المرجع السابق ــ ص ١١٤ •

اولا ـ مبدأ عدم اساءة استعمال الحق :

ان النربعة الاسلامية وضعت من التكاليف على ما استخلف فيه الفرد من تملك الاموال ، لوحظ في فرضها عدم اساءة استعمال الحق ، ومراعاة حقوق الجوار • وهذا المنع ورد مطلقا على جميع الحقوق ، وبذلك تكون النريعة الاسلامية قد سبقت جميع الشرائع في تقييد سلطات المالك في استعمال حقوقه ، حماية للفرد والمجتمع من سوء استعمالها ومخالفة اغراضها الاجتماعية والاقتصادية(٢٢١) • وفي ذلك يرى استاذنا عبدالباقي البكري بحق انه (انه بمقتضى هذا المبدأ لا يجوز للشخص ان يستعمل حقه اذا كان على علم بما يترتب على استعماله من ضرر فاحش يصيب الغير دون ان يترتب على تركه ضرر يلحقه ، او كان في وسعه تحقيق مصلحته عن طريق آخر غير طريق استعمال الحق استعمالا يؤدى الى ضرر فاحش يصيب الغير ، او كانت المصلحة التي يرمى الى تحقيقها من وراء استعمال حقه غير مشروعة او كانت قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها • وهو مبدأ اقره الفقه الاسلامي تطبيقا للحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار) واعمالا للقاعدتين الشرعيتين : درء المفاسد اولى من جلب المنافع ،ودفع اكبر الضررين بالاخف منهما)(٢٢٢) •

والواقع ، ان فقهاء الشريعة الاسلامية لم يبحثوا فكرة المضارة من استعمال الحقوق في نظرية واضحة المعالم ، او في باب او فصل مخصص لذلك• وانما جاءت بعض الايات القرآنية والاحاديث الشريفة للرسول (ص) وما أثر عن الخلفاء الراشدين وافتراضات الفقهاء ، ما يرسم حدود عدم اساءة استعمال الحقوق • وقد عرف بعض المؤلفين الباحثين في الفقه الاسلامي التعسف بأنه : استعمال الانسان حقه على وجه غير مشروع(٢٢٣) • والوجه غير المشروع هو

(٢٢١) الاستاذ عبدالباقي البكري ـ المرجع السابق ـ ص ٧٩٥ .
(٢٢٢) الاستاذ البكري ـ المرجع السابق ـ ص ٧٩٦ .
(٢٢٣) احمد فهمي ابو سنة ـ نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ـ بحث منشور في اسبوع الفقه الاسلامي ومهرجان الامام ابن تيمية ـ القاهرة ١٩٦٣ ص ١٠٥ .

التصرف غير المعتاد شرعا[٢٢٤] • الا ان هذا التعريف تعرض للانتقاد من قبل بعض الكتاب ، وعرفه احدهم قائلا بأن التعسف هو : (مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الاصل)[٢٢٥] •

والحق ، ان مبدأ التعسف في الشريعة الاسلامية ، يقوم على اساسين • أولهما ، الاساس القصدي ، أي نية اقتراف الفعل • فجاء عن الرسول (ص) قوله (انما الاعمال بالنيات ، وانما لكل امرىء مانوى) ، واثر النية هنا يجرى في العبادات والمعاملات معا ، لهذا انبثقت القاعدة الفقهية القائلة ان الامور بمقاصدها[٢٢٦] • كما جاء في مجلة الاحكام العدلية ان : (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني)[٢٢٧] • وقد رأى فقهاء المسلمين منع المالك من التصرف في ملكه اذا قصد الاضرار[٢٢٨] • اما ثانيهما ، فهو الاساس المادى او حديث الرسول (ص) لا ضرر ولا ضرار • وقال الفقهاء في تفسيره انه يعني منع الجار من الاضرار بجاره ومنعه من الثأر لنفسه بضرر يلحقه بجاره مقابل ضرر الحقه به ومنعه من تصرف لا ينطوى على منفعةويلحق بجاره ضررا • وواضح هنا ان الضرر الفاحش وقصد الاضرار كلاهما من معايير التعسف في استعمال الحق[٢٢٩] •

ان الكلام في موضوع التعسف في استعمال الحق يقتضيني البحث في التزامات الجوار التي تعتبر ابرز تطبيقات التعسف •

ثانيا ــ التزامات الجوار :

مهما يكن نوع الجوار ، رأسيا او جانبيا ، وسواء كان الجار مالكا للعقار ام مستأجرا له ، فان طبيعة علاقات الجوار تقتضي فرض الواجبات او

---

(٢٢٤) ابو سنة ــ البحث السابق ــ ص ١١٠ .
(٢٢٥) فتحى الدرينى ــ المرجع السابق ــ ص ٣١١–٣١٣ .
(٢٢٦) سعيد امجد الزهاوى ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٨ ــ ١٠٩ .
(٢٢٧) م ٣ من المجلة .
(٢٢٨) للتفصيل في هذا الموضوع ــ راجع سعيد الزهاوى ــ المرجع السابق ص ١١٠ وما بعدها .
(٢٢٩) تفصيل ذلك ــ الزهاوي ــ المرجع السابق ــ ص ١١٢ وما بعدها .

تقرير الحقوق على نحو متبادل بين الجيران تحقيقا لقصد الشارع وتقريرا لمبدأ التكافل الاجتماعي الذى يتطلب تقييد الحقوق وعدم اطلاقها • ولقد بينت ، ان تقييد حق الملكية لم يكن مقصورا على تحقيق النفع العام او مصلحة الجماعة، بل قد تكون مصلحة الغير اولى بالاعتبار في التقييد من مصلحة المالك نفسه ، فيلتزم بأستعمال ملكه على نحو لا يلحق ضررا فاحشا بالجار •

والتزامات الجوار التي قررها الاسلام تعتبر من الفضائل الخلقية التي اوصى بها الخالق سبحانه في كتابه العزيز وأمر بها الرسول (ص) ومنه انتقلت الى التشريعات الوضعية بالرغم من اختلاف فقهاء المسلمين حيال مدى هـــذه القيود ، على النحو الذى سأفصله •

فلقد أمر الخالق في كثير من آياته الكريمة ، بالاحسان الى الجار ومعاملته وفق مبدأ الاخاء والتعاون ونهى عن الاساءة اليه • فجاء عنه تعالى في الوصية بالجار : (وبالوالدين احسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب •••)[٢٣٠] •

كما حث الرسول (ص) على رعاية الجار وحسن معاملته في كثير مـــن احاديثه الشريفة • منها قوله (ص) : (ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت ليورثنه)[٢٣١] ، (والله لا يؤمن ، والله لا يؤمن ، والله لا يؤمن ، ، قالوا : لقد خسر وخاب يا رسول الله ••• من هو ؟ قال : من لا يأمن جاره بوائقه • قالوا وما بوائقه يا رسول الله ؟ قال : شره وظلمه)[٢٣٢] • وعن ابى هريرة قـــال : قال رسول الله (ص) (من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فليكرم ضيفه ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يؤذ جاره ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الاخر فليقل خيرا او يصمت)[٢٣٣] •

---

(٢٣٠) سورة النساء ــ آية رقم ٣٦ــ٣٧ •
(٢٣١) سنن ابي داود ــ جـ ٢ ط ١ المرجع السابق ــ ص ٦٣١ •
(٢٣٢) عبدالستار آدم ــ المرجع السابق ــ ص ١٠١ •
(٢٣٣) سنن ابي داود ــ المرجع السابق ــ ص ٦٣٢ •

ان مجال علاقات الجوار يعتبر المجال الطبيعي لتطبيقات مبـدأ عـدم التعسف في استعمال الحق • فقد ورد النهي عن التعسف صراحة في القرآن الكريم ، منها قوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها او دين غير مضار ، وصية من الله والله عليم حليم)(٢٣٤) • ولم يكـن حـق الايصاء وحـده مقيدا في الاسلام(٢٣٥) ، بل ان المباحات كلها تذكر مقيده • فالحقوق الزوجية(٢٣٦) ، وحقوق الاولاد(٢٣٧) ، مثلا تقيد بعدم الضرر(٢٣٨) •

ولمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق الذى ترجع اصوله الى الشريعة الاسلامية ، ادلته من السنة النبوية ايضا ، فقد جاء عنـه (ص) « لا ضـرر ولا ضرار وللرجل ان يضع خشبة في حائط جاره ، واذا اختلفتم في الطريـق فاجعلوه سبعة اذرع »(٢٣٩) • وروى عن محمد بن علي (رض) انـه قـال : (كان لسمرة بن جندب نخل في حائط رجل من الانصار ، وكان يدخل عليه وأهله فيؤذيه • فشكا ذلك الانصارى الى رسول الله (ص) • فقال له : بعـه فأبى • قال : فاقطعه • فأبى • قال : هبه ، ولك مثلها في الجنة • فأبى • فقال

---

(٢٣٤) سوره النساء ـ آية رقم ١٢ •

(٢٣٥) تفصيل القيود الوارده على حق الايصاء :ـ انظر فتحى الدرينى ـ المرجع السابق ـ ص ٣٣٢ •

(٢٣٦) كقوله تعالى في سورة البقرة ـ آيه رقم ٢٣٣ (ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ••) •

(٢٣٧) كقوله تعالى في نفس السوره والاية (لا تضار والده بولدها ولا مولود له بولده) •

(٢٣٨) على الخفيف ـ التعسف في استعمال الحق ـ البحث السـابق ـ ص ٢٥ وانظر تفصيل ادلة نظرية التعسف من الكتاب العزيز ـ فتحى الدريني ـ المرجع السابق ـ ص ٣١٨ وما بعدها •

(٢٣٩) الشيخ عيسى أحمد عيسوي ـ نظرية التعسف في استعمال الحـق في الفقه الاسلامى ـ بحث منشور في مجلـة العلـوم القانونيـة والاقتصادية ـ تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس السـنة ٥ العدد ١ ، ١٩٦٣ ص ٦٩ •

وانظر تفصيل ادلة النظرية من السنة النبوية ـ الدرينى ـ المرجـع السابق ـ ص ٣٤٣ وما بعدها •

رسول الله (ص) : أنت مضار ، أذهب فاقلع نخله)[٢٤٠] ، فالملكية لا يمكن ان تتخذ وسيلة للاضرار بحقوق الآخرين[٢٤١] .

اما في عهد الخلفاء الراشدين ، فقد أعلى امير المؤمنين عمر (رض) المصلحة العامة على حق الملكية ، ولم يسمح للافراد ان يتعسفوا في استعمال حقوقهم . ومن ذلك ما روى ان رجلا يسمى الضحاك اراد ان يمرر قناة للمياه في ارض محمد بن مسلمة فأبى الاخير ، فكلم فيه عمر (رضى) الذى أمر ابن مسلمة ان يخلي سبيله فقال : لا والله ، فقال عمر : لم تمنع اخاك ما ينفعه وهو لك نافع ، تسقى أولا واخرا وهو لا يضرك . فقال محمد : لا ، فقال عمر ، والله ليمرن به ولو على بطنك ، وأمر عمر الضحاك ان يمر به[٢٤٢] .

يضاف الى ذلك ان القواعد العامة التي قررها فقهاء المسلمين تؤكد تقييد الحقوق وعدم التعسف في استعمالها ، لان الشارع قرر للحق وظيفة اجتماعية ولم يجعله ذا صبغة فردية خالصة ، بدافع من دعم روح التضامن والتكافل بين افراد المجتمع[٢٤٣] .

ومن الجدير بالذكر ان الضرر الذى يصيب الجار على نوعين : اما ان يكون ضررا فاحشا وهو ضرر غير معتاد ، او ان يكون معتادا . والضرر الفاحش هو ما يتسبب في الهدم او يوهن البناء او يخرج عن الانتفاع بالكلية

---

(٢٤٠) الاحكام السلطانية ــ لابي يعلى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٥ .
(٢٤١) الخفيف ــ الملكية في الشريعة الاسلامية ــ ج ١ ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٤ ــ ١٠٥ .
(٢٤٢) الشيخ زكريا البري ــ المصلحة اساس التشريع الاسلامى ــ بحث منشور في الكتاب الاول من (الفقه الاسلامى اساس التشريع) يصدرها المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية ــ الجمهورية العربية المتحده ١٩٧١ ــ ص ١١٢ .
(٢٤٣) فتحي الدرينى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦٧ .

كسد الضوء[٢٤٤] • اما الضرر غير الفاحس فهو الضرر المألوف في علاقات الجوار والذي يتسامح فيه ، لانه لا يمنع المنفعه المقصودة كالسكن في الدار والزرع في الاراضي وغيرها[٢٤٥] •

ومع ذلك ، فان القاعدة فيما يتعلق بقيود الجوار الجانبي والعلوى ، ان للمالك في الحالين ان يتصرف في ملكه كما يساء ، وان ينتفع بملكه الانتفاع الذى يريد ما لم يضر ذلك بجاره ضررا بينا غير معتاد ، والا كان ضامنا مايترتب على ذلك من ضرر[٢٤٦] • الا ان فقهاء المسلمين لم ينفقوا على رأى واحد بالنسبة للقيود التي نفرض على سلطات المالك في استعمال ملكه فيما يخص الجوار الجانبي • وقد اختلفوا في هذا النسأن على النحو الذى سأشير اليه فيما يلي :

١ ــ رأي الامام ابي حنيفة في التزامات الجوار :

لم يعتبر الامام ابو حنيفه حديث الرسول (ص) « لا ضرر ولا ضرار » اصلا من اصول نقييد حق الملكية[٢٤٧] • فقد سئل في مجال فتح الكوة على الجار فأجاب :ــ بأن للمالك ان يتصرف في خالص ملكه ما يشاء من التصرفات وان كان يؤدي الى الحاق الضرر بغيره[٢٤٨] • وقد عبر عن ذلك السرخسي قائلا: « ان من يتصرف في خالص ملكه لم يمنع منه في الحكم وان كان يؤدى الى

---

(٢٤٤) على حيدر ــ درر الحكام في سرح مجله الاحكام ــ الكتاب العاسر ج ٣ منشورات مكتبه النهضه بيروت ــ بغداد (بدون سنة نشر) ص٢٢٣.
كما تنص الماده (١١٩٩) من المجله على ان (الضرر الفاحش كل ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعه الاصلية المقصودة من البناء كالسكن او يضر البناء أى يجلب له وهنا نكون سبب انهدامه) .
وانظر المواد (٥٩ و٦١ و٦٢) من مرشد الحيران لقدري باشا .

(٢٤٥) منير القاضى ــ سرح المجلة ــ جـ ٣ ط ١ مطبعة العانى ــ بغداد ١٩٤٨ ص ٩١ ــ ١٠٠ .
وانظر نص الماده (١٢٠١) من مجله الاحكام العدلية .

(٢٤٦) على الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٣ .

(٢٤٧) فتحى الدرينى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٤ .

(٢٤٨) الفتاوي الخيرية لنفع البرية ــ للنعمان بن ثابت ابي حنيفة ــ جـ ٢ ط ٢ ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠٢ .

الحاق الضرر بالغير الاترى ان من انجر في حانوته نوع تجارة لم يمنع من ذلك وان كانت تكسد بسبب تجارة وان اصحاب الحوانيت يتأذون بغبار سنابك الدواب المارة وان يتأذى الماره بدخان نيرانهم التي يوقدونها في حوانيتهم ثم ليس للبعض منع البعض من ذلك »[249] .

كما ورد ان رجلا جاء الى أبي حنيفة فقال « ان جاري اتخذ مجمدة بجانب حائطي فقال اتخذ انت اتونا بجانب الحائط ليذيب هو ما يجمد من الجمع »[250] .

والواقع ، ان الامام ابا حنيفة لم يشأ تقييد حق الملكية ، لانه رأى ان الملك التام يخير حرية التصرف الكاملة فيما يملك . ومع ذلك فان حق الملكية مقيد دينيا ، لما للوازع الديني من أثر كبير في ذلك ، فلا يجوز ان تتخذ الملكية وسيلة او ذريعة الى الاضرار بالاخرين عمدا[251] . والضرر العمد هو الضرر الفاحش الذى يمنع الحوائج الاصليه ، الذى يضمن صاحب الملك التعويض عنه ، اما ما عدا ذلك فلا يقيد تصرفات المالك في ملكه التام[252] .

وعلى هذا النحو يذهب الزيلعي قائلا : « ان للانسان ان يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له ان يتخذ في داره حماما لان ذلك لا يضر بالجيران وما فيه من النداوة يمكن التحرز عنه بأن يبني بينه وبين جاره حائطا . وعن ابي يوسف رحمه الله ان الجيران اذا تأذوا من دخانه فلهم منعه الا ان يكون دخان الحمام مثل دخانهم »[253] .

٢ ـ رأي الزيدية والظاهرية والشافعية :

ذهب الزيدية الى عدم وضع التكاليف والقيود على سلطات المالك

(٢٤٩) المبسوط ـ للسرخسي ـ ج ١٥ ـ المرجع السابق ـ ص ٢١ .
(٢٥٠) المبسوط ـ المرجع السابق ـ ص ٢١ .
(٢٥١) فتحي الدريني ـ المرجع السابق ـ ص ٣٥٦ .
(٢٥٣) تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق ـ لفخر الدين عثمان بن على الزيلعي ص ٥٠٦ .
(٢٥٣) تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق ـ لفخر الدين عثمان بن على الزيلعي الحنفي ـ ج ٤ ـ المرجع السابق ـ ص ١٩٦ .

مراعاة لمصلحة اخرى • فقد جاء في البحر الزخار : (ولكل ان يفعل في ملكه ما شاء وان ضار الجار اجماعا)[٢٥٤] • والى هذا الاتجاه الفردى ذهب الظاهرية اذ جاء في المحلى للامام ابن حزم : (ولكل ان يفتح ما شاء في حائطه من كوة ، أو باب ، أو ان يهدمه ان شاء في دار جاره ، أو في درب غير نافذ ، أو نافذ ، ويقال لجاره : ابن في حقك ما تستترد به على نفسك ، الا انه يمنع من الاطلاع فقط •• وقال مالك : يمنع من كل ذلك)[٢٥٥] •

اما سند اطلاق حق المالك فيما يملك وعدم تقييد سلطانه ، وخاصة في في مجال علاقات الجوار ، فيرجع الى ان الظاهرية نفوا صحة حديث الرسول (ص) قوله (لا ضرر ولا ضرار) لكونه مرسلا اولا ولان كل ذى حق اولى بحقه ما لم يوجد دليل من القرآن او السنة يقيد حقه ، كأن يمنع المالك من ان يفتح المنافذ في ملكه ما شاء وهو ما لم يرد[٢٥٦] •

ان الاتجاه الذى ذهب اليه الزيدية والظاهرية يقترب من رأى الامام ابي حنيفة والشافعية ، الذين يعتبرون انصارا للاتجاه المطلق في الملكيـة • فالشافعية رأوا جواز التصرفات الضارة التي تنتج من استعمال المالك مايملك بقولهم (ويتصرف كل واحد من الملاك في ملكه على العادة في التصرف وان تضرر به جاره او افض لاتلاف ماله ••)[٢٥٧] •

٣ ـ رأي الامام مالك واحمد بن حنبل :

والى خلاف ما تقدم ، ذهب الامامان مالك واحمد • فقالا بتقييد جميع الحقوق ومنها حق الملكية ، تأسيسا على الحديث الشريف (لا ضـرر ولا

---

(٢٥٤) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ـ لاحمد بن يحيى المرتضى ـ ج ٤ ط ١ ـ المرجع السابق ـ ص ٧١ •

(٢٥٥) المحلى ـ لابن حزم الظاهري ـ ج ٨ المرجع السابق ـ ص ٢٤١ •

(٢٥٦) المحلى ـ لابن حزم ـ المرجع السابق ـ ص ٢٤١ •

(٢٥٧) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ـ للرملي ـ ج ٥ المرجع السابق ـ ص ٣٣ •

ضرار) [٢٥٨] • فقد جاء في المدونة الكبرى : « قلت : فلو ان رجلا بنى قصرا الى جانب داري ورفعها علي وفتح فيها ابوابا وكوى يسرف منها على عيالي أو على داري أيكون لي ان امنعه من ذلك في قول مالك (قال : نعم يمنع من ذلك وكذلك بلغني عن مالك)[٢٥٩] • وكذلك الحال بالنسبة لمن يحفر بئرا الى جنب بئر جاره ، قال مالك (للرجل ان يمنع ما يضر بئره فاذا كان له ان ان يمنع فله ان يقوم على هذا فيردم البئر التي حفرها)[٢٦٠] •

اما الحنابلة فقد رأوا ، كما جاء في الروض المربع ، ضرورة تقييد سلطات المالك في التصرف في ملكه ، على نحو يمنع التصرفات التي تسبب ضررا للجار ، كأن يستعمل جداره او ينصب تنورا يزعجه الا اذا كان ذلك بأذن الجار[٢٦١] • استنادا الى حديث الرسول (ص) (لا ضرر ولا ضرار) • والى هذا الرأى ذهب المأخرون من الحنفية في تقييد سلطات الجار ووجوب استعمال ملكه استعمالا لا يلحق ضررا بغيره ، استنادا الى الحديث المنار اليه ، ولضعف الوازع الديني عند الناس حين تركوا ما اوجبه الخالق عليهم في آياته من حسن معاملة الجوار[٢٦٢] •

٤ ـ رأي الجعفرية :

رأى بعض فقهاء الشيعة الجعفرية ان للمالك ان يتصرف في ملكه كما يشاء وعلى النحو الذى يريد بشرط عدم الاضرار بالجار مباشرة كأن يطلع

(٢٥٨) تفصيل ذلك ـ الدرني ـ المرجع السابق ـ ص ٣٥٧ وما بعدها •
على الخفيف ـ الملكية في الشريعة الاسلاميه ـ ج ١ ـ المرجع السابق
ـ ص ١٢٤ـ١٢٥/محمد انيس ابراهيم ـ البحث السابق ـ ص٢٥٨•

(٢٥٩) المدونة الكبرى ـ للامام مالك بن انس الاصبحى ـ ج ١٥ مطبعة السعادة ـ مصر ١٣٢٣ ص ١٩٧ •

(٢٦٠) المرجع السابق ـ ص ١٩٦ •

(٢٦١) الروض المربع في شرح زاد المستنقع ـ لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي ـ ج ٢ مطبعة السنة المحمدية ـ القاهرة ١٩٥٥ ـ ص ٢١٠ ـ ٢١٢ •

(٢٦٢) الخفيف ـ المرجع السابق ـ ص ١٢٤ •
محمد انيس ابراهيم ـ البحث السابق ـ ص ٢٥٧ •

على ساحة داره او مقر نسائه لما في ذلك من استعمال غير معتاد ، ولان التصرف في الملك ينبغي ان يكون معتادا ولغرض مشروع يستجلب النفع او يدفع الضرر(٢٦٣) .

يتضح مما عرضته من اتجاهات ، ان الاتجاه الاول الذى ذهب اليه الامام ابو حنيفة والزيدية واهل الظاهر واكثر الشافعية تطرف فيما ذهب اليه على نحو يتعارض والتطورات الاجتماعية والاقتصادية ويفضي الى المنازعات بين الافراد(٢٦٤) . وأرى ان الاتجاه الصائب هو ما رآه جمهور فقهاء المسلمين من الحنابلة والمالكية وبعض الجعفرية ومتأخري الاحناف ، وذلك لضعف الذمم وتفشي الفساد ولان الوازع الديني لم يعد له تأثير كبير في النفوس ، مما يتطلب ضرورة وضع القيود على تصرفات المالك لمصلحة عامة او لمصلحة خاصة اخرى اولى بالرعاية والاعتبار ، فضلا عن ان النصوص القرآنية والاحاديث النبوية صريحة في النهي عن الاساءة الى الجار والامر بحسن معاملته .

يضاف الى ذلك ، ان هذه القيود الشرعية تشير بما لا يقبل الشك الى المبادىء التنظيمية للملكية في الاسلام . فالملكية ليست حقا ذاتيا فحسب وانما هى وظيفة اجتماعية كذلك ، يثبت للجماعة حق فيها . ان التوازن بين الحقوق والواجبات ، وبين الرغبات الذاتية والمتطلبات الاجتماعية وفقا لما امر به الشارع لا يمكن تحقيقه اذا اعتبرت الملكية حقا مطلقا لا يخضع للتنظيم ، على النحو الذى ذهب اليه بعض فقهاء المسلمين .

اخلص مما تقدم ، الى القول ان التزامات الجوار من القيود التي فرضها الشارع لمصلحة خاصة تقدم على مصلحة المالك .

ثالثا ـ حقوق الارتفاق :

ان مما يقيد الملكية الخاصة كذلك ، حقوق الارتفاق التي تتقرر لمصلحة

---

(٢٦٣) محمد جواد مغنية ـ فقه الامام جعفر الصادق ـ ج ٤ ط ١ مطبعة دار العلم للملايين ـ ١٩٦٦ ص ١٩٧ .

(٢٦٤) انظر ص ٦٣ من هذه الرسالة وما بعدها .

افراد آخرين يملكون عقارات مجاورة ويشاركون المالك في بعض منافع ملكه وتسمى بـ (حقوق الانتفاع العيني) • وهي تعد عند فقهاء المسلمين من انواع الملك الناقص لان صاحبها يملك المنفعة دون الرقبة • وقد عرفها قدرى باشا في المادة ٣٧ من مرشد الحيران بأنها (حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر) •

ان نسميتها بقيود الارفاق او الارتفاق تنسب الى الاتكاء والانتفاع • فيقال : ارتفعت بالشيء اى انتفعت به او استعنت به والارفاق هو النفع فيقال ارفقت فلانا اذا نفعته[٢٦٥] • وقد استعمل المالكية اسم الارفاق للدلالة على اعطاء شخص منافع عقاره لآخر[٢٦٦] • وقال بعض الفقهاء ان من الحقوق ما تتعلق بمنفعة العقار وتثبت لآخر وتدعى بحقوق الارتفاق[٢٦٧] • ومع ذلك فان هذا النوع من القيود الشرعية التي ترد على حق الملكية لمصلحة خاصة ، تتطلب التفرقة بينها وبين حق الانتفاع الشخصي ، ويقتضيني بيان خصائصها واسباب ثبوتها ، وما اذا كانت ترد على سبيل المثال ام الحصر ، واخيرا تفصيل انواعهـا •

١ ـ الفروق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي :

يتعلق حق الانتفاع العيني بالاعيان لا بالاشخاص[٢٦٨] • اما حقوق الانتفاع الشخصية فانها تقتصر على المنتفعين بها وتنتهي بوفاتهم[٢٦٩] • وفي الوسع اجمال الفروق التي تقوم بين حق الانتفاع العيني وبين حق الانتفاع الشخصي فيما يلي :

---

(٢٦٥) عبدالعظيم شرفالدين ـ المرجع السابق ـ ص ٣٧٠/على الخفيف ـ المرجع السابق ـ هامش ص١٢٩/ بدران أبو العينين بدران ـ المرجع السابق ـ هامش ص ٣١٢ •

(٢٦٦) على الخفيف ـ المرجع السابق ـ هامش ص ١٣٩ •

(٢٦٧) انظر على الخفيف ـ المرجع السابق ـ هامش ص ١٣٩ •

(٢٦٨) بدران ابو العينين بدران ـ المرجع السابق ـ ص ٣١٢ •

(٢٦٩) عبدالعظيم شرفالدين ـ المرجع السابق ـ ص ٣٧٠ •

(أ) يقرر حق الانتفاع العيني دائما على عقار لمنفعة عقار آخر ، اما حق الانتفاع الشخصي فقد يكون متعلقا بعقار او بمنقول لمنفعة شخص معين(٢٧٠) .

(ب) يرى بعض فقهاء المسلمين ومنهم الاحناف – ان حقوق الارتفاق تدوم بدوام ما تعلق به . فلا تزول بتغير المالك ولا تنتهي بوفاته . الا ان بعض المالكية ذهب الى خلاف ذلك . فرأوا جواز توقيت هذا الحق بمدة معلومة(٢٧١) .

(جـ) لا يعتبر حق الانتفاع الشخصي ملزما لمالك العقار المتعلق به . فله ابطاله او انهاؤه . فيحق لصاحب الشيء انهاء استعارته . اما مالك العقار المرتفق به فلا يملك حق الانهاء لان حقوق الارتفاق لازمة(٢٧٢) . كما ان حقوق الارتفاق تنتقل بالميراث حتى عند الحنفية الذين لا يعتبرونها مالا لكونها تابعة للمال ، بخلاف حقوق الانتفاع الشخصية التي اختلف فقهاء المسلمين في امكان انتقالها بالميراث(٢٧٣) .

٢ – أهم خصائص حقوق الارتفاق :

الاصل ان حقوق الارتفاق تبقى على العقار المرتفق به ما لم يترتب على

---

(٢٧٠) محمد مصطفى شلبي – المرجع السابق – ص ٣٥٣ .
عبدالعظيم شرف الدين – المرجع السابق – ص ٢٧١ .
بدران ابو العينين بدران – المرجع السابق – ص ٣١٢ .
الخفيف – المرجع السابق – ص ١٤٠ .

(٢٧١) الخفيف – المرجع السابق – ص ١٤٠/ شرف الدين – المرجع السابق – ص ٢٧١ .
محمد مصطفى شلبي – المرجع السابق – ص ٣٥٣/ بدران ابو العينين – المرجع السابق – ص ٢١٣ .

(٢٧٢) الخفيف – المرجع السابق – ص ١٤١/عبدالعظيم شرف الدين – المرجع السابق – ص ٢٧١ .

(٢٧٣) بدران ابو العينين – المرجع السابق – ص ٣١٣/ محمد مصطفى شلبي – المرجع السابق – ص ٣٥٣ .
عبدالعظيم شرف الدين – المرجع السابق – ص ٢٧١ .

بقائها ضرر[٢٧٤] • فان ترتب على بقائها ضرر وجب ازالنه تطبيقا للقاعدة الكلية التي تقضي بأن (الضرر يزال) ولقوله (ص) « لا ضرر ولا ضرار »[٢٧٥] •

٣ ــ اسباب ثبوت حقوق الارتفاق :

لما كانت قيود الارتفاق من القيود المقررة شرعا لمصلحه خاصه ، فــان لثبوتها اسبابا عديدة اذكر منها ما يأتي :ــ أ ــ الشركة العامة في العقارات المقرره للنفع العام ، كالطرق والانهار والترع العامة • فعلى كل منها حقوق ارتفاق لكل عقار يتصل بها ، ويباح الانتفاع بها بمقتضى هذه الشركه فــي الانتفاع[٢٧٦] • ب ــ الشرط في عقد معاوضه[٢٧٧] • كأن يبيع شخص قطعه ارض زراعية ويشترط على المشترى حق المسيل او المرور فيهــا •• لارض اخرى مملوكة له ويتفقان على ذلك• ج ــ القدم ، وذلك عند الجهل بسبب انشاء هذا الحق • فاذا ورث شخص عقارا ترتب له حق الشرب من عقــار مجاور دون ممانعة المالك ، عد سببا صحيحا كافيا لاستمرار هذا الحق ورضا منه بهذا القيد المفروض على ملكه[٢٧٨] • د ــ وقد يثبت حق الارتفاق بسبب يرجع الى طبيعة وضع العقارين المرتفق به والمرتفق • كأن يكون العقار المرتفق

---

(٢٧٤) محمــد مصطفى شلبى ــ المرجع الســـــابق ــ ص ٣٥٣/ عبدالعظيم شرفالدين ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧١ •

(٢٧٥) انظر في شرح هذا الحديث الشريف :
ميز القاضى ــ شرح المجله ــ ج ١ الطبعه الاولى ــ مطبعه العانى ــ بغداد ١٩٤٩ ص ٧٩ــ٨٠ •

(٢٧٦) بدران ابو العينين بدران ــ المرجع السابق ــ ص ٣١٣/ عبدالعظيم شرفالدين ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٢/ محمد مصطفى شلبى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٤/ على الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص١٤٢•

(٢٧٧) على الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٢/ محمد مصطفى شلبى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٤ــ٣٥٥/ عبدالعظيم شرفالدين ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٢/ بدران ابو العينين ــ المرجع السابق ــ ص ٣١٣ •

(٢٧٨) الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٤/ شلبى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٥/ شرفالدين ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٣ــ٢٧٤ •
بدران ــ المرجع السابق ــ ص ٣١٣ــ٣١٤ •

أعلى من العقار المرتفق به فيكون على العقار الثاني حق مسيل المياه الزائـدة بحكم الطبيعة(٢٧٩) .

وجدير بالذكر ، ان مجرد الاذن بالمرور او السرب او السيل لا يثبت للمالك المأذون له حق ارتفاق على ارض من اذن له ، لانه يعد مجرد اباحـة لا ينسىء حق ارتفاق ما دام يحق للمالك الرجوع عن اذنه او اباحته(٢٨٠) .

٤ ـ حقوق الارتفاق ليست محصورة في عددها :

ىرى بعض فقهاء المسلمين ان حقوق الارتفاق وردت على سبيل الحصر . وهي لا تعدو حق المرور والسرب والمسيل والمجرى والتعلي وحق الجوار(٢٨١) . وذهب اغلب الفقهاء بحق ، الى ان حقوق الارنفاق وردت على سبيل المال لا الحصر(٢٨٢) . فهي كثيرة في عددها ، تختلف بأختلاف اسبابها وموضوعاتها وما يراد منها(٢٨٣) . فلمالك العقار الحق في ان ينسىء عليه حق ارتفاق كما يساء ، كأن يلتزم بعدم البناء على عقار معين او عدم الارتفاع ببنائه الا لحد معـين(٢٨٤) .

ولما كان الاتجاه العام في النريعة الاسلامية ، واتجاه معظم التسريعات الوضعيه ، يهدف الى فرض المزيد من القيود السرعية او الارادية على سلطات المالك تأكيداً لوظيفة الملكية الاجتماعية وتغليبا للنزعة الاجتماعية التي تحكم معظم الحقوق ومنها حق الملكية ، فأني ارى ان قيود الارتفاق لم ترد عـلى سبيل الحصر ، وان من الممكن انشاء ما يقتضيه مما يستجد في المجتمع من حاجات تتطلب تقييد حق المالك في ملكه لمصلحة شخص آخر يتقرر له حق

(٢٧٩) الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٣ .
(٢٨٠) بدران ــ المرجع السابق ــ ص ٣١٤/ سرف الدين ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٥/ سلبى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٥ .
(٢٨١) في تفصيل ذلك انظر : شرف الدين ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٥ــ٢٧٦ .
(٢٨٢) تفصيل ذلك انظر : المرجع السابق ــ ص ٢٧٦ .
(٢٨٣) الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٤ .
(٢٨٤) سرف الدين ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٦ .

انتفاع عيني لمصلحة عقاره ، ويشارك بموجبه الملاك الاخرين في منافع عقاراتهم .

٥ ـ انواع حقوق الارتفاق :

من قيود الارتفاق ما يتعلق بالزراعه كحق الشرب والمجرى والمسيل ، ومنها ما يتعلق بالوصول الى الطريق العام كحق المرور . ونظرا لاهميتهما يلزمني توضيح كل منهما فيما يأتي :ـ

أ ـ قيود الارتفاق المتعلقة بالزراعة وهي كثيرة . اما أولها ، فهو حق الشرب الذي يراد به لغة النصيب من الماء(٢٨٥) . وقد جاء عنه تعالى (انا مرسلو الناقة فتنة لهم فارتقبهم واصطبر ونبئهم ان الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر)(٢٨٦) . وقوله تعالى (هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم)(٢٨٧) . اما في الاصطلاح الشرعي ، فهو النصيب المستحق من الماء لسقي الشجر والزرع أو نوبة الانتفاع بالماء سقيا للشجر أو الزرع . ويستعمله الفقهاء في معنيين : زمن الشرب والنصيب المستحق من الماء أو نوبة الانتفاع به(٢٨٨) . ويلحق بهذا الحق حق آخر يسمى بـ (حق الشفة او الشرب) وهو حق شرب الانسان او الدواب او اخذ الماء للاستعمال المنزلي(٢٨٩) .

---

(٢٨٥) بدران ابو العينين ـ المرجع السابق ـ ص ٣١٥/ الخفيف ـ المرجع السابق ـ ص ١٤٤/ شرف الدين ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧٦ . محمد يوسف موسى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦٢ .

(٢٨٦) سورة القمر ـ آية رقم ٢٨ .

(٢٨٧) سورة الشعراء ـ آية رقم ١٥٥ .

(٢٨٨) شلبي ـ المرجع السابق ـ ص ٣٥٦/ الخفيف ـ المرجع السابق ـ ص ١٤٤/ شرف الدين ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧٦/ بدران ـ المرجع السابق ـ ص ٣١٥/ محمد يوسف موسى ـ المرجع السابق ـ ص٢٦٢ / منير القاضي ـ شرح المجلة ـ جـ ٣ المرجع السابق ـ ص ١١٨/ وانظر م ١٤٣ من المجلة .

(٢٨٩) بدران ـ المرجع السابق ـ ص ٢١٥/ شبلي ـ المرجع السابق ـ ص ٣٥٦/ الخفيف ـ المرجع السابق ـ ص ١٤٥ . محمد يوسف موسى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦٢ .

والمياه على أنواع بالنسبة لحق الشرب والشرب • فهي اما ان تكون مياه الانهار العامة كدجلة والفرات في العراق والنيل في مصر • وحكمها انه يثبت فيها حق الانتفاع العيني ويشترك الناس في الانتفاع منها فيثبت لهم جميعا حق الشرب والشفة معا ، الا انهم يقيدون بعدم الاضرار بغيرهم لقوله (ص) « الناس شركاء في ثلاثة : في الماء والكلأ والنار » • والشركة فيها شركة اباحة لا شركة ملك[٢٩٠] • او قد تكون مياه المجارى والينابيع المملوكة ملكية خاصة ، كالترعة والبئر • وحكمها انه ينبت فيها حقان • حق لاصحاب الارض في الشرب والشرب • وحق للمجاورين وغيرهم الذين يثبت لهم حق الشفة دون الشرب[٢٩١] • فقد جاء عنه (ص) انه (نهى عن منع نبع البئر) وهو فضل مائها الذى يخرج منها[٢٩٢] •

اما لو كانت هذه المياه محرزة في الاواني والانابيب ، ومنها المياه التي توزع على المدن ، فانها تكون ملكا تاما لمن احرزها ولا يحق لغيره الانتفاع بها لا شربا ولا شربا الا عند الضرورة[٢٩٣] •

اما النوع الثاني من قيود الارتفاق المتعلقة بالزراعة ، فهو حق المجرى• وهو حق مرور الماء الصالح لسقي الزرع والشجر من ارض الى ارض أخرى• ويسمى بحق المجرى او الاجراء ، وهو تابع لحق الشرب الذى لا يمكن

(٢٩٠) شلبي ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٦ــ٣٥٧/ شرفالدين ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٦/ الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٥ •
بدران ــ المرجع السابق ــ ص ٣١٨ــ٣١٩ •

(٢٩١) شلبى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٨/ الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٥ وما بعدها .
شرفالدين ــ المرجع السابق ــ ص ٢٧٧ وما بعدها .

(٢٩٢) بدران ــ المرجع السابق ــ ص ٢١٦ •

(٢٩٣) محمد مصطفى شلبى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٥٩/ الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ١٤٨/ بدران ابو العينين بدران ــ المرجع السابق ــ ص ٣١٦/ عبدالعظيم شرفالدين ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨٠ــ٢٨١ •

استيفاؤه بدون مجرى[٢٩٤] ، ولذلك يعرف حق المجرى بأنه « حق الشخص في اجراء الماء في ملك الغير ليصل الى ملكه »[٢٩٥] .

واذا ثبت حق الاجراء ، كان لمالكه حق مجرى المـاء الصالح لسـقي مزروعاته واشجاره ، ويحظر على صاحب الارض التي يمر فيها المجرى منع مرور الماء للسقي اذا لم يكن فيه ضرر على ملكه (م ٥١ مرشد الحيران) . وقد أخذ الفاروق عمر (رض) بمبدأ المصلحة وقيد به حق الملكية في الواقعة التي اشرت اليها من قبل ، حيث اراد الضحاك ان يروى ارضه بقناة ماء تمر بارض غيره وأمر فيها عمر (رض) بمرورها رغما عن مالك الارض[٢٩٦] . ومع ذلك فان صاحب حق المجرى يضمن كل الاضرار التي تنشأ عن مرور المجرى في ارض صاحب الملك لان الغرم بالغنم ، لان الاصل ، عـدم جواز ترتب هذا القيد على ملك الغير الا بأذنه[٢٩٧] .

ويختلف حق المجرى عن حق المسيل ، بكون الاخير يعنـي تصريف المياه الفائضة عن الحاجة او غير الصالحة للرى الى مصرف عام او مستودع اعـد لذلك[٢٩٨] .

---

(٢٩٤) الخفيف ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٠/ بدران ـ المرجع السـابق ـ ص ٣١٩/ سرف الدين ـ المرجع السابق ـ ص ٢٨١ .
محمد يوسف موسى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦٦ .
سلبي ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦٠ .

(٢٩٥) منر الفاضى ـ سرح المجلة ـ ج ٣ المرجع السابق ـ ص ١١٨ .

(٢٩٦) انظر ص ٢٣٥ من هذه الرسالة .

(٢٩٧) شلبي ـ المرجع السابق ـ ص ٣٦١/ وانظر المادة (٥٣) من مرشـد الحيران لقدري باشا .

(٢٩٨) الخفيف ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٢/ بدران ـ المرجع السـابق ـ ص ٣٢٠/ سرف الدن ـ المرجع السابق ـ ص ٢٨٢ .
منير القاضى ـ شرح المجلة ـ ج ٣ ـ المرجع السابق ـ ص ١١٨ .
شلبي ـ المرجع السابق ـ ص ٣٦١/ محمد يوسف موسى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦٨/ وانظر م ١٤٤ من المجلة .

ب ـ قيود الارتفاق المتعلقة بالوصول الى الطريق العام (حق المرور) .

من حقوق الارتفاق ، حق الانتفاع العيني لصاحب الارض المحبوسة في المرور الى الطريق او في فتح الابواب والنوافذ على ملك الغير سواء كان الطريق عاما يشترك في الانتفاع به كل الناس ام خاصا مملوكا لشخص آخر[299] . فيعرف حق المرور بانه (حق يثبت لشخص السير في ملك غيره ليصل الى ملكه)[300] . وهو من القيود التي اقرتها الشريعة الاسلامية تنظيما للملكية وضمانا لاداء وظيفتها الاجتماعية . فهو يثبت لصاحب الارض المحبوسة اذا تحققت شروط الانحباس . واذا مانع صاحب العقار في تركيب حق المرور على أرضه ، حق لولي الامر التدخل لاجباره على ترتيب هذا القيد لمنفعة العقار المحبوس ، فان ترتب على هذا القيد ضرر ، كان للمضرور الحق في تعويض عادل من قبل صاحب حق المرور ، لان الغنم بالغرم[301] .

وقد جاء في المادة التاسعة والاربعين من مرشد الحيران ، انه « اذا كان لاحد حق المرور في ارض شخص آخر فليس لصاحبها ان يمنعه من المرور منها وله ان يقود دوابه اذا كان له هذا الحق » . وقال الامام ابو حنيفة انه (في سكة لا تنفذ ليس لاصحابها بيعها ولو اتفقوا عليه ولا ان يقتسموها فيما بينهم اذ الطريق الاعظم اذا كثر فيه الناس كان لهم ان يدخلوا هذه السكة

---

(٢٩٩) محمد مصطفى شلبي ـ المرجع السابق ـ ص ٣٦٢/ بدران ابو العينين ـ المرجع السابق ـ ص ٣٢١/عبدالعظيم سرفالدبن ـ المرجع السابق ص ٢٨٣/ الخفيف ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٢ .
محمد يوسف موسى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦٨ .

(٣٠٠) منير القاضى ـ شرح المجلة ـ ج ٣ ـ المرجع السابق ـ ص ١١٧ . وانظر م ١٤١ من المجلة .

(٣٠١) محمد انيس ابراهيم ـ البحث السابق ـ ص ٢٦٠ .
الخفيف ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٤ .

حتى يخف الزحام)[٣٠٢] • وسئل الامام مالك عمن يمر الى العين في ارض مزروعة للقوم ، فقال « ان كان ذلك يفسد زرعهم فلهم ان يمنعوه »[٣٠٣] •

اخلص مما تقدم الى القول ان حقوق الارتفاق تعتبر قيدا ترد على حق الملكية لمصلحة عقار آخر ، تكون فيها مصلحة صاحب العقار المرتفق اولى بالرعاية والاعتبار من مصلحة صاحب العقار المرتفق به • ان هذا القيد يمثل قمة النزعة الاجتماعية في النظام الاقتصادى الاسلامي حيال الملكية الخاصة• فالمالك ليس حرا في التصرف بملكه في الاسلام ولا يحق له منع الغير من الانتفاع بملكه عند الضرورة ، وانما تخضع ملكيته لقيود شرعية ضمانا لتحقيق المصلحة العامة ، ولقيود اخرى يوجبها السرع لمصلحة خاصة تقتضي مشاركة المالك في منافع ملكه ، كما تخضع لقيود تشترطها ارادة المكلف وفقا لمقاصد الشارع من شرعه •

المطلب الثالث

القيـــود الارادية

اوضحت فيما تقدم ، القيود السرعية التي تجب لاغراض المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، وبينت ان حقوق الجماعة تقدم على المصلحة الذاتية وان كل ذلك يعتبر من أسس تنظيم حق الملكية في الاسلام • وسأتكلم فيما يلي على ما يحق لارادة المكلف من وضع القيود على الملكية تحقيقا لمقاصد الشـارع •

---

(٣٠٢) الفتاوي الانفروبة في مذهب الامام ابى حنيفة ــ للانفروي ج ١ المرجع السابق ــ ص ٣٦٧ •

(٣٠٣) المدونة الكبرى ــ للامام مالك ــ ج ١٥ ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٤ ــ ١٩٥ •

(٣٠٤) تفصيل ذلك انظر : على الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٥ •

لقد اختلف فقهاء المسلمين حيال القيود التي تشترطها الارادة . فمنهم من توسع في اطلاقها ومنهم من ضيق من نطاقها[٣٠٤] .

ان مما يهم في هذا المجال بيان مدى صحة اشتراط البائع على المشترى عدم زراعة الارض او عدم رفع البناء او ترك الارض دون استغلال . فقد ضيّق اهل الظاهر من الشروط على العقود ، خلافا للحنابلة الذين توسعوا فيها ، وذهبت بقية المذاهب الاسلامية الاخرى موقفا وسطا[٣٠٥] . ولهذا فقد ذهب بعض الفقهاء الى عدم صحة مثل هذا الشرط ، واجاز البعض الاخر ذلك ، واشترط بعضهم عدم مخالفة الشرط مقتضى العقد[٣٠٦] .

ويمكن القول ان الاصل في الشروط الاباحة اذا كانت موافقة لقصد الشارع من شرعه ولا تخالف الاصول الشرعية العامة في الاسلام ، والعكس بطلانه ، كأن يشترط البائع على المشترى عدم بيع المبيع او عدم زراعة الارض واستثمارها ، لان في مثل هذا الشرط ضررا بينا يلحق بالمصلحة الاجتماعية ومخالفة صريحة للقواعد العامة في المعاملات اضافة الى انه يعطل الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة .

فالشروط التي تقتضيها العقود او تلائمها وتؤكد موجبة جائزة ومعتبرة ويصح اقتران العقود بها ، وكذا الحال بالنسبة للشرط المتعارف عليه بين الناس الذى لا يخالف اصول الشريعة الاسلامية . وبخلاف ذلك فان الشرط اما ان يكون فاسدا كما لو كان لا يقتضيه العقد ، او باطلا كما لو لم يكن فيه نفع للمتعاقدين ، والى هذا ذهبت المجلة تأثرا بالفقه الحنفي في المواد

---

(٣٠٥) انظر تفصيل مدى صحة الشروط في الفقه الاسلامى :
استاذنا عبدالباقى البكري ــ مذكرة في شروط انشاء العقد وعيوبه في الفقه الاسلامي (مسحوبة بالرونيو) ــ ص ٧٩ وما بعدها .

(٣٠٦) في تفصيل ذلك انظر ــ علي الخفيف ــ المرجع السابق ــ ص ١٥٥ .

(١٨٦ و ١٨٧ و ١٨٨ و ١٨٩)[٣٠٧] ، وكذلك ما ذهب اليه مرشد الحيران في المادتين (٢٢٧ و ٢٢٨) • وقد تأثر المشرع المدني العراقي بما جاء في المجلة ومرشد الحيران في هذا الخصوص على نحو ما سنبينه •

صفوة القول : ان الملكية في الشريعة الاسلامية ليست حقا مطلقا للفرد ، بل هي تخضع لعديد من القيود • منها ما يوجبه الشارع تحقيقا لمصلحة عامة او لمصلحة خاصة • ومنها ما يتقرر باشتراط ارادة المكلف التي تحد من سلطان المالك • فالملكية ذات غرض مزدوج ، هو اشباع انانية الانسان وغريزته في الامتلاك أولا ومراعاة حقوق الجماعة ومصلحتها ثانيا ، بجعل الملكية وسيلة لتحقيق غاية هي تحصيل المصلحة العامة ، مما جعل من جميع هذه القيود مبدأ ثانيا يضاف الى مبدأ التكافل الاجتماعي لتنظيم حق الملكية في الشريعة الاسلامية •

وحيث ان القانون المدني العراقي تأثر في كثير من نصوصه بما جاءت به الشريعة الاسلامية من مبادىء واصول فقهية ، فانه يتعين عليّ بيان المبادىء التي تنظم الملكية الخاصة في القانون العراقي ، وعلى الاخص في القانون المدني العراقي الذى التقى فيه الفقه الاسلامي والفقه الغربي على نحو لم يكن المشرع موفقا كل التوفيق في المزج بينهما •

---

(٣٠٧) انظر شرح هذه المواد في :
على حيدر ـ درر الحكام في شرح مجلة الاحكام ـ تعريب المحامي فهمى الحسيني الكتاب الاول ـ ج ١ منشورات مكتبة النهضة ـ بيروت ـ بغداد (بدون سنة نشر) ص ١٣٥ ـ ١٤١ •
منير القاضي ـ شرح المجلة ـ ج ١ المرجع السابق ـ ص ٣٤ ـ ٣٦ •

الفصل الثاني

المبادئ التي تنظم الملكية في القانون العراقي

لما كانت فكرة التضامن الاجتماعي تعني ان الافراد ينبغي ان يتعاونوا في دفع الشر وجلب الخير خاصة اذا ما اصاب احدهم مكروه ، فان هذا المبدأ والقيود التي ترد على حق الملكية من اهم الاسس التي تنظم الملكية الخاصة في النظام القانوني العراقي والقوانين الوضعية الاخرى . لذلك سأعمد في المبحث الاول الى بيان دور الملكية الخاصة في تحقيق مبدأ التضامن الاجتماعي . واخصص المبحث الثاني لتفصيل القيود الواردة على حق الملكية .

المبحث الاول

الملكية وسيلة لتحقيق التضامن الاجتماعي

أتضح في معرض الحديث عن مبدأ التكافل الاجتماعي في الاسلام ، ان اساس هذا المبدأ يرجع الى الشريعة الاسلامية التي أوجبته في نطاق الاسرة الواحدة والمدينة او القرية وبين ابناء الدولة ايضا . كما اشرت ايضا الى نظرية الاستاذ ديجي Duguit بسأن التضامن الاجتماعي والتي نادى بها في مطلع هذا القرن متأثرا ببعض الفقهاء الذين سبقوه[1] .

(١) انظر ص ١١٩ من هذه الرسالة .

ان الملكية الخاصة تعد من اهم دعائم التعاون والتضامن بين الافراد عن طريقة مساهمة الملاك باملاكهم للارتفاع بشؤون المجتمع وتأدية ما للملكية الخاصه من وظيفة اجتماعية يدعو اليها النظام الاشتراكي ويعتبرها من مستلزماته • ذلك لان الملكية الخاصة اضافه الى كونها حقا ذاتيا للمالك ، تعبر حقا اجتماعيا تقريرا لمبدأ التضامن الاجتماعي(٢) • مما يتعين عليّ بيان مظاهر التضامن الاجتماعي في الدستور العراقي والقانون المدني ، في مطلبين متتاليين •

المطلب الاول

الاساس الدستوري للتضامن الاجتماعي

نصت المادة العاشرة من الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ على ان « التضامن الاجتماعي هو الاساس الاول للمجتمع • ومضمونه ان يؤدى كل مواطن واجبه كاملا تجاه المجتمع وان يكفل المجتمع للمواطن كامل حقوقه وحرياته » •

نفهم من هذا النص الوارد في الباب الثاني الذى تناول بالبيان الاسس الاجتماعية والاقتصادية للجمهورية العراقية ، والذى جاء متشبعا بالنزعة الاجتماعية هادفا الى تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ان مبدأ التضامن الاجتماعي يعد احد الاسس التي يقوم عليها المجتمع العراقي ، ففي تحمل عبء الضرر سوية وفي التساند والتآزر في السراء والضراء يتقدم المجتمع اذا ما صاحبه فعل الخير • ثم ان النص على هذا المبدأ في الدستور يفيد وفقا لمبدأ تدرج القوانين عدة امور ، منها :ـ

(٢) السنهورى ـ الوسيط في شرح القانون المدنى ـ جـ ٨ ـ المرجع السابق ـ ص ٥٥٤/ نزيه محمد الصادق ـ الملكية في النظام الاشتراكى ـ المرجع السابق ـ ص ٦٥٣ •

أولا ــ التأكيد على ان مبدأ التضامن يعتبر اصلا عامـا في النظـام القانوني العراقي يعمل به حتى عند عدم وجود النصوص الصريحـه التي تلزم الاخذ بـه .

ثانيا ــ ان المشرع العراقي ، في كل ما يضعه من تشريعات او قواعد تهدف الى تحقيق هذا المبدأ ، يكون مستجيبا لنصوص الدستور ، الامـر الذي يكون فيه المشرع ملزما في حالة سن القوانين الاخذ بمبدأ التضامن الاجتماعي ، خصوصا في النصوص القانونيه التي تتعلق بالاموال غير المنقوله التي تظهر فيها مجال تطبيق مبدأ التضامن بصورة اكثـر وضوحا منـه في المنقولات ، لثبات الاولى واستقرارها ولسهوله تحريك الثانيه وتنقلها .

ثالثا ــ لما كان الانسان حيوانا اجتماعيا لا يمكن ان يعيش بمعزل عن الناس ، فان تطبيع غريزته في التعايش تتمثل في تأكيد مبدأ التضامن الاجتماعي، بالحث على روح التعاون والاشتراك بين الافراد في المجتمع . الامر الذى يؤثر في حقوقهم ، ويقيد الحق الذاتي بالمعنى الاجتماعي . لان المادة العاشرة من الدستور استهدفت من النص على التضامن الاجتماعي الاعتراف بالمصلحة الفرديه والمصلحه الاجتماعيه ، والتأكيد على الوظيفـه الاجتماعية للملكيـة الخاصـة .

المطلب الثاني

التضامن الاجتماعي في القانون المدني العراقي

لما كان المشرع العراقي قد استمد احكام القانون المدني من الشـريعة الاسلاميه والقانون المدني المصرى وتأثر بالمبادىء المقرره في كل منهما ، فان مظاهر التضامن تبدو من خلال كثير من نصوص القانون المدني الا انـني سأكتفي بالاشاره الى اهمها فيما يلي :

أولا ــ التضامن الاجتماعي في نطاق الجوار

لا يكتمل التنظيم القانوني لحق الملكية في القانون العراقي بدون تحديد الالتزامات في العلاقات الجواريه . لذلك نصت المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي على بيان هذه الالتزامات التي تعد من القيود القانونية المقرره

على حق الملكية لمصلحة خاصة هي اولى بالرعاية من مصلحة المالك • وتعد هذه الالتزامات نتيجة طبيعية لمبدأ التضامن الاجتماعي الذى استمده المسرع العراقي من السريعه الاسلامية في مجال حقوق الجوار • كما صاغ في المادة السابعه من تقنينه مبدأ عاما وضابطا جديدا لقياس مدى التزامات الملاك المجاورين وهي نظرية استعمال الحق على نحو غير جائز او نظرية التعسف في استعمال الحق التي ترجع اصولها للسريعة الاسلامية ايضا •

ولما كانت التزامات الجوار التي قررها المسرع العراقي تعد من القيود القانونية المقررة على حق الملكية لمصلحة خاصة ، فأنني ارجيء الكلام على هذه التكاليف الى المبحث الثاني من هذا الفصل الذى اعقده لبيان هذه القيود • الا انني سأسير هنا الى مظاهر التضامن البادية في الملكية السائعة وفي الاشكال الاخرى للملكية •

ثانيا ــ التضامن الاجتماعي في نطاق الملكية الشائعة

تبدو اهمية التضامن بين الملاك في مجال الملكية الشائعة في ان الاشتراك في الملك يؤثر في سلطات المالك نتيجة لارتباط حقه بحقوق شركائه مما يقتضي تنظيما دقيقا لهذه السلطات ضمانا لبلوغ الانتفاع الكامل بالشيء المملوك أو في التصرف فيه[3] • فكل شيء يملكه اثنان أو أكثر ، يكونون شركاء فيه على الشيوع وتحسب حصصهم متساوية ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك[4] •

وتعتبر الملكية السائعة بانواعها خير وسيله لتحقيق التعاون والتضامن في المجتمع • خاصه وان الجماعة قد اسهمت اسهاما ملحوظا مع المالك في جمع ثروته مما يجعل المالك مدينا للمجتمع بما كسب ويفرض عليه اداء

(٣) جميل الشرقاوي ــ الحقوق العينية الاصليه ــ المرجع السابق ــ ص ١١٠ •

(٤) م ١٠٦١ من القانون المدني العراقي تقابلها نص المادة ٨٢٥ من القانون المدني المصري •

الواجبات والاعباء اللازمة • ان القيود التي تفرض على سلطاته في هذا النوع من الاموال ينبغي ان توفق بين استعمال المالك هذه السلطان في الاستعمال والاستغلال والتصرف وبين مصالح باقي الشركاء بصورة تضامنية لا تفضي الى منازعة او تعطيل للانتفاع او التصرف في الملك لما ينطوي عليه كل ذلك من ضرر(٥) • ولهذا السبب نصت القوانين المدنية في كثير من الدول على تحديد سلطات المالك على ما يملك من حصة في المال المملوك على الشيوع(٦) •

ولما كانت ادارة المال الشائع من اهم الاسباب التي تؤدى الى النزاع بين الملاك ، فان المشرع العراقي اجاز تحكم الكبير في الصغير فالمال الشائع يدار على اساس من مساواة الملاك في الواجبات لا في الحقوق • فاعمال الادارة تتقرر طبقا لاصحاب القدر الاكبر من الحصص(٧) •

ان اتجاه المشرع المدني العراقي فيما يخص ادارة المال الشائع ادارة معتادة لا تحدث تغيرات جوهرية في المال او في الغرض الذى خصص له ، عندما يتعذر ادارته من قبل الشركاء مجتمعين ، تتفق مع المبدأ الدستوري الاساس الذى نص عليه الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ في المادة العاشرة وهو مبدأ التضامن والتعاون لضمان استقرار العلاقات والمعاملات في المجتمع لعدم التوازن الاقتصادي المشار اليه •

وقد ذهب القضاء المدني العراقي الى ان « ما يستقر عليه الشركاء اصحاب القدر الاكبر من الحصص من اعمال الادارة يكون ملزما للشركاء

---

(٥) الشرقاوي — المرجع السابق — ص ١١٣ •

(٦) نص المادة ١٠٦٢ و١٠٦٣ من القانون المدنى العراقى والمادة ٨٢٦ من القانون المدنى المصرى •

(٧) انظر نص المادة ١٠٦٤ من القانون المدنى العراقى حول المبدأ العام في اداره المال الشائع ويقابلها نص المادة ٨٢٧ من القانون المدنى المصري • وراجع الاستاذ الدكتور ثروت انيس الاسيوطى — فلسفه القانون في ضوء التاريخ الاقتصادى والاجتماعى — الكتاب الثانى — بغداد ١٩٧٥ ص ٣٠٩

جميعهم »[٨] • والى انه « ليس لمن لا يملك القدر الاكبر من الحصص ادارة المال السائع دون اذن شركائه كما ليس له ان يتصرف فيها تصرفا مضرا بأي وجه كان من غير رضاهم » [٩] • مما يفيد انه فد اعتمد المبدأ الذى اخـذ به المسرع العراقي في تقنينه المدني وهو ما لم تؤيده ورقة عمل اصلاح النظام القانوني[*] •

الا ان مما يلاحظ على المسرع العرافي انه لم يكن موفقا في صياغه نص الماده ١٠٦٩ من القانون المدني الذى جاء فيه (اذا انهدمت العين السـائعة كليا ، واراد بعض الشركاء عمارتها وأبى الاخرون فلا يجبرالآبي علىالعمارة)• اد يفهم من هذا النص ان اية عماره من فبل السركاء لهذه العين تعـد مـن اعمال الادارة غير المعتادة والتي تستوجب السروط التي نصت عليها المـادة (١٠٦٥) • والحال ان الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصه ، والطبيعة المزدوجة للحقوق وكذلك مبدأ التضامن الاجتماعي يوجب عدم ترك العين النسائعة دون عمارة سواء انهدمت كليا ام جزئيا • نم ما هي الحكمة أو السبب الذي يبرر عدم اجبار الآبي على العمارة ما دامت ستعود عليه حتما بنفع بعد عمارتها والانتفاع بها وتحسين استغلالها ؟ وهل النزعة الاجتماعية للملكية الخاصة تسمح بأن نترك العين النسائعة غير صالحة للاستغلال ؟

لكل ذلك اعتفد بضرورة اعاده صياغة نص المادة (١٠٦٩) من القانون المدني العرافي بالسكل الاتي (اذا انهدمت العين السائعة كليا ، واراد بعض السركاء عمارتها وأبى الاخرون يجبر الآبي على العمارة ، بعد اذن المحكمة ، ونم الرجوع بالنفقات المعتادة) ، ويمكن ان نقيس الحالة ايضا عـلى نص

(٨) النشره الفضائية ـ يصدرها المكتب الفنى في محكمة تمييز العراق ـ العدد الثالث السنة الاولى ١٩٧١ رقم الفرار ٩٩٧/ حقوقية رابعة / ١٩٧٠ في ٢٧ـ٧ـ١٩٧٠ •

(٩) النشرة الفضائية ـ يصدرها المكتب الفنى في محكمة تمييز العـراق ـ العدد الرابع السنة الاولى ١٩٧١ رقم الفرار ١٣٧٥ / حقوقية رابعة/ ١٩٧٠ في ١٤ـ١١ـ١٩٧٠ •

★ شرعت بموجب قرار مجلس قيادة النورة رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ •

المادة (١٠٨٨) من القانون المدني العراقي التي تتكلم على انهدام الحائط المسترك •

١ — التضامن الاجتماعي في ملكية الطبقات :

استمد المشرع العراقي الاحكام التفصيلية للسفل والعلو من احكام الفقه الاسلامي • فقد خصص لها المسرع المدني النصوص (١٠٨٢—١٠٨٦) بينا فيها التزامات صاحب السفل والعلو وفقا لما جاء في مرشد الحيران في المواد ٦٤ و ٦٥ و ٦٦ و ٦٨ •

ان طبيعة الجوار الرأسي في مثل هذه الحالة يقتضي فرض المزيد من القيود على سلطات صاحب السفل والعلو معا تنظيما لحق الملكية اولا ، وضمانا للانتفاع بالملك على وجه صحيح بعيدا عن المنازعات التي تؤثر في مبدأ الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية • لان في تنظيم الواجبات والحقوق لكل فرد من الافراد ، خاصة بعد انتشار السكن العمودى ، ما يكفل تحقيق التضامن الاجتماعي في المجتمع العراقي •

واذا كان المسرع العراقي قد وفق في ركونه الى الفقه الاسلامي لتقرير التزامات صاحب السفل والعلو ، الا انه اغفل النص على نفقات الصيانة للاجزاء المستركة خلافا لما فعله المسرع المدني المصرى الذى نص عليها في المادة (٨٥٨) ، مما اثار نقاشا بين الفقهاء في العراق وتوزعت آراؤهم على النحو لآتي :

الرأى الاول — يرى وجوب الرجوع الى مبادىء الشريعة الاسلامية او مبادىء العدالة لعدم وجود عرف في هذا الشأن أولا وبسبب ندرة ملكية الطبقات في العراق وتطبيقا للمبدأ المقرر في الشرع ان الغرم بالغنم ثانيا ، خاصة وان فقهاء السريعة الاسلامية جعلوا مصاريف اصلاح الطريق الخاص المسترك على جميع الملاك بنسبة انتفاع كل منهم به وقياسا على ذلك تكون نفقات تعمير الاجزاء المشتركة في ملكية السفل والعلو على جميع ملاك الطبقات بنسبة انتفاعهم بهذه الاجزاء[١٠] •

(١٠) حسن الذنون — الحقوق العينية الاصلية — المرجع السابق — ص ٩٧ — ٩٨ •

الرأى الناني ــ ويذهب الى تطبيق الاحكام التي اوردها المسرع العراقي بسأن نرميم وصيانة الملكيه السائعة في الماده (١٠٦٨) بسبب خلو التسريع من نص صريح في القانون المدني العراقي يحكم هذه الحالة ولان ملكية الطبقات في العراق تعتبر ملكية سائعة[11] .

الرأى الثالث ــ برى ان نص المادة (١٠٨٥) من القانون المدني العراقي نحكم هذه الحالة قياسا على حالة انهدام السفل والعلو لحين تلافي النقص في السربع[12] .

يفهم مما تقدم ، ان هناك نقصا في السربع ينبغي على المسرع العراقي سده ، وعليه ان ينص صراحه على تكاليف حفظ الأجزاء المستركة وصيانتها وادارتها وتجديدها ، نظرا لتزايد هذا النوع من انواع الملكية السائعة بفعل ازدياد عدد السكان وتقدم الحياة الاقتصاديه ، وبغيه ضم جميع الاحكــام اللازمة لتنظيم ملكية السفل والعلو على نحو يتحقق بها ما للملكية الخاصة من وظيفة اجتماعية وبتأكد مبدأ التضامن في المجتمع • ولذلك اقترح النص الاتي سدا للثغره التسريعية اولا وغلقا لباب الاجتهاد وتباين الاراء ثانيا :

« تكون نفقات حفظ الاجزاء المستركه من ملكيــه الطبقات ، وصيانتها وادارتها وتجديدها على كل مالك فيها ، ويكون نصيبه في هذه النفقات بنسبه قيمة الجزء الذى له في الدار ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » •

٢ ــ التضامن الاجتماعي في نطاق الحائط المشترك

استمد المشرع المدني العراقي احكام الحائط المشترك ، الذى يعد من السيوع الاجبارى ، من الفقه الاسلامي ، فنص في المواد (١٠٨٧ــ١٠٩٢) على تنظيم احكام الحائط المسترك واضعا في ذلك الالتزامات على كــل من السريكين في الحائط على نحو يضمن حسن الانتفاع به دون اثارة نزاع[13] •

(١١) سعيد مبارك ــ المرجع السابق ــ ص ١١٦ .
(١٢) صلاح الدين الناهى ــ حق الملكية في ذاته ــ المرجع السابق ــ ص٢٧٩ .
(١٣) انظر نص المادة ٧١ من مرسد الحيران .

ونفهم من النصوص التي اوردها المشرع العراقي حول الحائط المشترك انه اقام تنظيم احكامه على التضامن والتعاون استقرارا للعلاقات في المجتمع • وعلى سبيل المثال ، لم يسمح لمالك الحائط ان يهدمه وفق رغبته وهواه ان كان هذا يضر بالجار الذى يستتر ملكه بالحائط ، الا عند وجود العذر القوى الذى يبرر ذلك ، لما في هذا العمل من الحاق ضرر بالجار (١٠٩٢/٢)• كما لا يجوز فتح المناور في الحائط المشترك ما دام ذلك يتعارض مع الغرض الذى اعدله الحائط المشترك وهو الاستتار[١٤] •

٣ ــ التضامن الاجتماعي في نطاق الطريق الخاص المشترك

يسمى الطريق الذى يملكه اصحابه ، او يملكون حق المرور فيه على وجه الشيوع ، طريقا خاصا مشتركا[١٥] • ولقد استوحى المشرع العراقي احكام هذا النوع من الملكية الشائعة ، من الفقه الاسلامي ايضا ، وخصص له المواد (١٠٩٣ــ١٠٩٧) •

وقد ظهر لي من خلال هذه النصوص ان المشرع الزم الشركاء بأستعمال الطريق الخاص بصورة مشتركة لا تضر بحقوق الاخرين واعتبر الانتفاع به قائما على التعاون والتضامن فجعل مثلا نفقات التعمير على سائر الشركاء بغية جعله صالحا للانتفاع والاستعمال بشكل افضل • ولان مما يختص به الطريق الخاص المشترك عدم جواز تغير ما اعد له الا بموافقة كل الشركاء اذ لا يجوز انفراد احدهم بادخال التغييرات فيه التي قد تعطل الغرض منه[١٦] •

صفوة القول ، ان الملكية وسيلة لتحقيق التضامن في المجتمع العراقي ،

(١٤) السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدنى ــ جـ ٨ حق الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ٩٩٥ •

(١٥) محمد طه البشير ــ الحقوق العينية الاصلية ــ المرجع السابق ــ ص ٦٨ •

(١٦) السنهوري ــ جـ ٨ ــ حق الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ٩٨٩ •

وهي من المظاهر الرئيسة للنزعة الاجتماعية في تطــور القانون[17] • ولان الغابه من تطبيق هذا المبدأ هو التوفيق بين الغرائــز الانسانية في النملــك والاجتماع وفرض الفيود على الحقوق ومنها الملكية ســواء كانت لغــرض المصلحه العامه او المصلحة الخاصة ، لما في فرضها من تنظيم لحــق الملكيــة وتأديه لوظيفة الملكية الخاصة الاجتماعية ، لذلك سأبين في المبحث الثاني من هذا الفصل القيود التي ترد بنص القانون وتلك التي ترد بفعل ارادة السخص، على حق الملكية في النظام القانوني العراقي •

المبحث الثاني

الملكية حق مقيد بقيود قانونية وارادية

القيود الواردة على حق الملكية نوعان ، منها ، ما يفرض بنص القانون. ويسمى القيود القانونية التي قد ترد لغرض تحقيق المصلحة العامــة كنزع الملكية والتأميم وتحديد حق الاجانب في تملك العقارات وغيرها ، وقد ترد لغرض تحقيق المصلحة الخاصة وهنا يكمن الاتجاه الحديث للملكية الخاصة في نسبية الحقوق كتقرير مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوف وعدم التعسف في استعمال كل من الحق الشخصي (الملكية الشخصية) والحق الخاص (الملكية الخاصه) وغيرها • اضافة الى ذلك ، هنــاك من القيــود ما نقضي بها ارادة الانسان ، وتسمى القيود الارادية • لذلك سأوزع البحث على مطلبين • يختص اولهما بالقيود القانونية التي ترد على حــق الملكية • وأفرد ثانيهما لبيان القيود الارادية •

---

(17) فاضل حبشي ـ الامتداد الفانوني لعفود الابجار ـ مطــابع جربـــدة الصباح ـ الفاهرة ـ ١٩٦٢ ص ٥٠

المطلب الاول

القيود القانونية التي ترد على حق الملكية

تقرر هذه القيود كما اتضح قبل قليل لتحقيق المصلحة العامة حينا ولتحقيق المصلحة الخاصة حينا آخر • ولذلك يحسن بي توزيع هذا المطلب على فرعين اتكلم فيهما على هذين الغرضين على التعاقب •

الفــــرع الاول

القيود القانونية المقررة لمصلحة عامة

وهي القيود التي ترد بنص القانون فتقيد حقوق الملاك تحقيقا للنفــع العام • فالدولة وحدها توجه الحقوق مضمونا وشكلا في خدمــة سياستها الاقتصادية والاجتماعية انطلاقا من مبدأ التضامن الاجتماعي ، وترسم المجال الذي يمكن لارادة صاحب الحق ان تعمل فيه[١٨] • ان تقييد وظيفة الملكية الاجتماعية يبدو في قيود شتى • منها الاستملاك الجبرى لأغراض المنفعـــة العامة ، والتأميم الذى يعتبر اقصى مراحل هذا التقييد ، وكذلك تقييد حرية الاجانب في التملك وتحديد الملكية الزراعية بحد اقصى وتقليص ســلطات المؤجر •••، لذلك سأتناول كلا من هذه القيود بالبحث فيما يلي :

أولا ــ نزع الملكية للنفع العام (الاستملاك الجبري) :

بينت من قبل المقصود بنزع الملكية لاغراض النفع العام[١٩] • والاحكام التفصيلية لهذا الموضوع تدخل في مجال الفقه الاداري باعتباره من امتيازات

---

(١٨) عبدالحى حجازي ــ الوظيفة الاجتماعيه للملكية الخاصه ــ البحــث السابق ــ ص ٢٧٧ .

(١٩) انظر ص ٢٤٦ من هذه الرسالة وما بعدها .

السلطة العامة لتحقيق المنفعة العامة • الا ان ما يهمنا في هذا البحث هو كونه من القيود التي ترد بنص القانون على الملكية الخاصة تحقيقا لمصلحة عامة اولى بالاعتبار والرعاية من مصلحة المالك الخاصة • وهذا القيد تفرضه سلطة الادارة على ملكية الاشخاص ، ولذلك يستبعد من دائرته الاعتداء الذي يصدر من الافراد ، لان القانون كفل رده بالطرق القانونية كدعوى الحيازة ودعوى الاستحقاق وغيرها من الوسائل القانونية الاخرى •

لقد استمد المشرع العراقي احكام هذا النوع من القيود القانونية من مبادىء الشريعة الاسلامية التي اقامت التوازن بين الحقوق الذاتية للافراد والحقوق العامة للجماعة • ولما كان نزع ملكية الاشخاص للنفع العام لقاء تعويض عادل يشكل قيدا خطيرا على حريتهم في التملك للاموال غير المنقولة والحقوق العينية فيها ، فقد نص الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ على هذا المبدأ حين قرر في الفقرة (ب) و (جـ) من المادة ١٦ على انه : (ب ــ الملكية الخاصة والحرية الاقتصادية الفردية ، مكفولتان في حدود القانون وعلى اساس عدم استثمارها فيما يتعارض او يضر بالتخطيط الاقتصادي العام • جـ ــ لا تنزع الملكية الخاصة إلا لمقتضيات المصلحة العامة ووفق تعويض عادل حسب الاصول التي يحددها القانون) •

كما ان القانون المدني العراقي نص على تقرير حماية الملكية الخاصة من اعتداء سلطة الادارة فنص في المادة (١٠٥٠) على انه : (لا يجوز ان يحرم احد من ملكه الا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها • ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما)[٢٠] •

(٢٠) اصل هذه المادة ترجع الى المواد ١٦٢ ــ ١٦٧ من مرشد الحيران و١١٦٥ من مشروع القانون المدنى المصرى والمادة ٩٧ و١٢١٦ من مجلة الاحكام العدلية أيضا .

يفهم من ذلك ان حرية التملك من المبادىء الدستورية الاساس ، وان النظام الاقتصادى في العراق يقوم على مبدأ الاعتراف بالملكية الخاصة وضمان حرية الاشخاص في التملك استجابته للحاجة الفطرية . الا انه اجيز للادارة العامة حق استملاك العقارات كلها او بعضها والحقوق العينية الاصلية المتفرعة عنها كحق العقر والمساطحة وحقوق الارتفاق ، جبرا على مالكها في سبيل الصالح العام على ان يكون ذلك مقابل تعويض عادل[٢١] . فالملكية الخاصة يتحدد نطاقها في ضوء اعتبارين : الاول فردى وهو مصلحة المالك والثاني جماعي وهو مصلحة الجماعه ، ولا يجوز النظر الى هذين الاعتبارين على انهما امران متعارضان ، لان الزمن الذى كانت الدولة تتدخل فيه على استحياء للحد من الحق الفردى وتتلمس المعاذير لاضطرارها الى هذا التدخل، قد ولى[٢٢] .

وقد ذهب القضاء العراقي الى تأكيد المبدأ الدستورى المنصوص عليه في الفقرتين ب و جـ من المادة ١٦ من الدستور العراقي ، وحرص على تطبيق القانون بصورة عادلة ، بمنع معها اساءة الادارة سلطتها في نزع الملكية ويضمن تحقق النفع العام ووظيفة الملكية الاجتماعية .

---

(٢١) انظر قانون رقم ١٢٢ السنة ١٩٧٤ قانون التعديل الخامس لقانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ اذ الغي تعريف الاستملاك السابق بموجب المادة الاولى من القانون الاول الذي نشر في جريدة الوقائع العراقية ـ عدد ٢٣٩٦ في ١٤ـ٩ـ١٩٧٤ . أما قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ فقد نشر بجريدة الوقائع العراقية عدد ١٨٥٥ في ٢٢ـ٣ـ١٩٧٠ ثم نشر التعديل الاول له بالعدد ١٨٩٧ في ٩ـ٧ـ١٩٧٠.

(٢٢) عبدالحى حجازي ـ البحث السابق ـ ص ٢٨٦ .

ان من هذه التطبيقات في كيفية تقدير التعويض ما ذهبت اليه محكمة التمييز بقولها « يجب تقدير قيمة الارض المستملكة على حدة والمغروسات من الاشجار والنخيل على حدة ولا يعتد بالتقدير الجزاف »[٢٣] . كما انه (لا يقضي بتأييد المعاملة الاستملاكية اذا جاء تقدير الخبراء لقيمة العقار المستملك مبالغا فيه)[٢٤] . وفي مجال استقطاع الربع المجاني من مساحة ارض العقار مقابل تحسن وانتفاع او زيادة قيمة ما نبقى منه بسبب اعمال النفع العام ، فقد ذهبت محكمة التمييز الى انه (لا يجوز ان يستقطع من الملك ربع مساحته مجانا مرتين لان ذلك يؤدي بالنتيجة الى المصادرة المجانية)[٢٥] . كما ذهبت الى انه : (ليس لامانة العاصمة اخذ مساحة ربع الملك اذا كانت السرفية قد نقصت في القسم الباقي لان الربع يؤخذ مجانا عند زيادة الشرفية)[٢٦] .

ولما كانت سلطة الادارة ملزمة باتباع الطرق القانونية للاستملاك فقد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها صدر في ١٧/١٠/١٩٧٠ بأن (استقطاع البلدية لمساحة من ارض الغير وضمها الى الشارع وتبليطها دون اللجوء الى تطبيق قانون الاستملاك بخصوصها يجعلها متعدية في هذا الفعل ويجعل

(٢٣) رقم القرار ١/ حقوقية ثانية/ ٩٦٩ في ٢١–١٢–١٩٦٩ منشور في قضاء محكمة التمييز المجلد السادس — ص ٥٣٤ وانظر قرار رقم ٢٩٦/ هيئة عامة اولى /٩٧٤ في ١٢–١٠–١٩٧٤ غير منشور .

(٢٤) رقم القرار ٤٦/ حقوقية ثانية /٩٦٩ في ٢٣–١٢–١٩٦٩ منشور في قضاء محكمة التمييز — مجلد ٦ ص ٥٣٤ .

(٢٥) رقم القرار ٢/حقوقية ثانية/ ٩٧٠ في ١٥–١–١٩٧٠ منشور في النشرة القضائية العدد الاول السنة الاولى ١٩٧٠ ص ١٥٧ وانظر القرار رقم ٢٣٣–٢٥١/ مدنية ثانية عقار/ ١٩٧٢ منشور في النشرة القضائية العدد الثاني السنة الثالثة ١٩٧٤ ص ٢٥٧ .

(٢٦) رقم القرار ٧٨/هيئة عامة اولى/ ٩٧١ في ٨–٤–١٩٧٢ منشور في النشرة القضائيه العدد الثانى السنة الثالثة ١٩٧٤ ص ٢٥٣ .

يدهـا بـد غصب على المساحة المذكورة وتكون ملزمة بأجر مثلها مع رد المغصوب الى اصحابه ...)[٢٧] .

اخلص من ذلك ، الى ان نزع الملكية لاغراض المنفعة العامة يعد قيدا خطيرا على حق الملكيه ما دام يحرم المالك من حقه دون رضاه لقاء تعويض ، غير ان هناك من القيود ما يرد على حق الملكية بدافع من تقدير المصلحة العامة ويشكل قيدا قانونيا اهم واخطر من القيد الاول ، لانه يفضي الى الغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج المتعلقه بالحاجات الضروريه والاساسية للشعب الا وهو القيد الآتي :

ثانيا ــ التأميم

حددت فيما تقدم المقصود بالتأميم لغة واصطلاحا[٢٨] ، واساس التفرقه بينه وبين نزع الملكيه للنفع العام[٢٩] ، ولا حاجه بي الى اعادة ذكر ذلك . وانما سأوضح هنا الاسس التي يقوم عليها التأميم واميز بينه وبين المصادرة ثم اتطرق الى التأميم في العراق ببحث وجيز .

أ ــ الاسس التي يقوم عليها التأميم

اذا كان التأميم نظاما قانونيا مناطه تحقيق المصلحة العامة ، فان هــذا النظام لا يمكن تبريره باعتباره من آثار مبدأ تدخل الدولة وانتشار المبادىء الاشتراكية فحسب ، وانما كذلك لوجود دوافع واسس تقتضيه يرجعها فقهاء القانون الى الضرورات الاجتماعية والاقتصاديه والسياسية .

فالاساس الاجتماعي للتأميم يكمن في ان الدوله تهدف من التأميم الى تحقيق العدالة الاجتماعية واستقرار المعاملات والسلام لفئات المجتمع والى ان تزيل التناقضات والخلافات الاجتماعية[٣٠] . كما تهدف الدولة ايضا الى

---

(٢٧) رقم القرار ٧/ حقوقية ثانية / ١٩٧٠ .
النشرة القضائية العدد الاول السنة الاولى ١٩٧٠ ص ١٥٧ .
(٢٨) انظر ص ٢٢١ من الرسالة .
(٢٩) انظر ص ٢٢٦ من الرسالة .
(٣٠) كاتزاروف ــ المرجع السابق ــ ص ٢٨ .

تقليل الفوارق الطبقية في المجتمع عن طريق منع توسع أو بقاء الملكية الخاصة المستغلة والتقريب بين الدخول[٣١] • ان هذه الاهداف لا يمكن تحقيقها الا بالتوفيق بين غريزة التعايش والتملك عند الانسان • وبعبارة اخـرى ، ان تحقيق التوفيق والانسجام بين الحاجات الفردية والحاجات الاجتماعية يتوقف على التوازن بين الحقوق والحريات الفردية من جهة والحقـوق والحريات الجماعية من جهة اخرى أي بين حقوق الافراد الخاصـة والحقـــوق العامـة[٣٢] •

اما الاساس الاقتصادى للتأميم فمماده ، ان التأميم يعد من اهم الوسائل التي تهدف الدولة بها الى تحرير اقتصادها من الاحتكارات الاجنبية واستثمار رؤوس اموالها الوطنية في خدمة الخطة الاقتصادية[٣٣] • كما ترمي الدولة ايضا الى بسط هيمنتها على وسائل الانتاج وتسخيرها لصالح مجموع الشعب[٣٤] •

والدوله النى تقوم بالتأميم تبغي من قيامها بـه الى تنظيم اقتصادهـا القومي ورفع مستوى المعيشه وضمان تأدية الوظيفة الاجتماعية لرأس المال ووسائل الانتاج من طريق منع الاحتكارات وتحقيق خطة التنمية الاقتصادية والموازنة بين النشاط الاقتصادي العام والنشـاط الاقتصادي الخاص[٣٥] •

ومع ذلك فان التأميم كخطوة في بناء الاقتصاد الاشتراكي للدولـة وما يتطلبه ذلك من استثمار مباشر للثروات الوطنية لابد من ان يقتصـر بادىء الامر على المشاريع والمرافق ووسائل الانتاج الضرورية ، والتي لهـا علاقة مباشرة بمصالح الشعب ، كالثروة النفطية والبنوك وشركات التأمين والثروات المعدنية •• وغيرها •

---

(٣١) شاكر ناصر – المرجع السابق – ص ١٠٢ •
فتحى عبدالصبور – المرجع السابق – ص ٣٦ •
(٣٢) كاتزاروف – المرجع السابق – ص ٣٥ •
(٣٣) صفاء الحافظ – المرجع السابق – ص ٢٣١ •
(٣٤) شاكر ناصر – المرجع السابق – ص ١٠٢ •
(٣٥) فتحى عبدالصبور – المرجع السابق – ص ٣٤–٣٦ •

اما الاساس السياسي للتأميم فيعني ، ان اى مجتمع منظم متحضر لا يمكن ان يعترف بالملكية الا وفقا للسكل الذى يعترف به النظام السياسي للدوله . فهي تمارس سلطنها الامرة على الانسياء والانسخاص[٣٦] . وقد حدد (فالين) بواعث التأميم بالمصلحة المالية للدولة والمصلحة الاقتصادية للامة وكذلك بالمصلحه السياسية للوطن[٣٧] . فللتأميم دافع سياسي يحمل الدوله على القيام به خاصه اذا علمنا بأنه قد دخل في كثير من برامج الاحزاب السياسية الوطنية التي تنادى بالسيطرة على وسائل الانتاج والاستثمار المباشر للموارد تحقيقا للنظام الاشتراكي[٣٨] ، الامر الذى دفع كثيرا من الدول في هذا العصر الى ان تصب هذا النظام في شكل قانون ، كما هو الحال في العراق على النحو الذى سأبينه .

ب ـ الفرق بين التأميم والمصادرة

قد يدق التفرقة بين التأميم باعتباره من القيود التي ترد على حق الافراد في التملك بنص القانون وبين قيود قانونية اخرى كنزع الملكية للنفع العام أو بينه وبين اوضاع قانونية تشبهه . ولما كنت قد اوضحت الفرق بينه وبين نزع الملكية للنفع العام[٣٩] فيلزمني ان أبين هنا الفرق بينه وبين فكرة مصادرة الملكية الخاصة والشخصية .

ان نظام التأميم القانوني يبتعد كثيرا عن المصادرة مما يجعل الخلط بينهما امرا غير جائز . الا ان الذى حمل على مثل هذا اللبس حدوث تأميم لعدد من المساريع عقب الحرب العالمية الثانية اتصل باجراءات المصادرة ، مما حمل على القول ان التأميم يشبه المصادرة أو ان هناك تأميما علاجيا أو على

---

(٣٦) كاتزاروف ـ المرجع السابق ـ ص ٤٥ .

(٣٧) نفس المرجع ـ ص ٤٩ .

(٣٨) انظر على سبيل المثال السياسة الاقتصادية لدستور حزب البعث العربى الاشتراكى لعام ١٩٤٧ ـ نضال البعث ج ١ المرجع السابق ـ ص ١٧٧ .

(٣٩) انظر ص ٢٢٦ من الرسالة .

سبيل العقاب)[٤٠] • والحال ان مثل هذه الحالة التي اوجدتها الصدفة لم يكن الا اجراءا استثنائيا[٤١] •

ان التأميم يختلف عن المصادرة من نواح عدة ، يمكن ايجازها فيما يأتي : الناحية الاولى :ــ من حيث المحل • ترد المصادرة كأجراء عقابي بحكم قضائي على الاشياء التى استخدمت في ارتكاب الجريمه سواء كانت من الملكية الشخصية او الخاصة ، اما محل التأميم فهو النشاط او المشروع الاقتصادى بكامل حقوقه الماديه والمعنوية في سبيل استعمالها للمصلحة العامة [٤٢] •

الناحية الثانية :ــ من حيث الغرض • ذلك لان الهدف من المصادرة هو عقاب الجاني ، اما الهدف من التأميم فهو تحويل استعمال الملكية الخاصة الى خدمة المصلحة العامة[٤٣] • فهو مجرد قيد قانوني يرد على حق الملكية لقاء تعويض عادل • الناحية الثالثة :ــ من حيث الجوهر • فالتأميم يعد امرا عاما لا يستهدف شخصا معينا بالذات وانما يتصل بطبيعة الملكية الخاصة والنشاط الذى يمارسه الشخص على العموم ، بخلاف المصادرة التي تتصل بشخص معين هو مرتكب الجريمة[٤٤] •

الا ان السؤال الذى يثور هو هل ان عدم دفع التعويض لصاحب المشروع المؤمم يعد مصادرة ؟

يجيب الاستاذ (كاتزاروف)[٤٥] على ذلك بالايجاب • ذلك لان المشرع حينما يقرر ضرورة التأميم ينطلق من الاعتبارات السياسية والاجتماعية والاقتصاديه التي تحيط بالملكية الخاصة لوسائل الانتاج وبالمشروع المراد

---

(٤٠) كاتزاروف ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧٥ •

(٤١) نفس المرجع ــ ص ٣٧٦ •

(٤٢) فتحى عبدالصبور ــ المرجع السابق ــ ص ٣٣ •
كاتزاروف ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧٤ •

(٤٣) كاتزاروف ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧٤ •

(٤٤) المرجع ذاته ــ ص ٣٧٥ •

(٤٥) نظرية التأميم ــ المرجع السابق ــ ص ٣٧٧ •

تأميمه • وعلى ذلك فليس من الضروى جدا ارتباط فكرة التعويض بالتأميم ما دامت الملكية الخاصة للثروات الطبيعية والمعدنية وبقية وسائل الانتاج المهمة قد عادت الى مالكها الأصلي وهو السعب • وقد حدث ذلك في كثير من الدول ، كالتأميمات التي حدثت في الاتحاد السوفييتي عام ١٩١٧ •

يضاف الى ما تقدم ، ان في تقدير التعويض تجب مراعاة حقوق الجماعة الى جانب مصلحة المالك انطلاقا من العلاقة الثلاثية (المالك وحقوق الشعب والشيء المملوك) • ففي تقدير التعويض من قبل الدولة عند التأميم يراعى ما للملكية الخاصة من وظيفة اجتماعية ومدى مساسها بمصالح الامة وجميع الظروف والوقائع الاخرى • ولذلك ، لا يصح اعتبار التأميم مصادرة اذا قدر المشرع عدم ضرورة دفع التعويض او دفعه بصورة جزئية •

ج ـ التأميم في العراق

قبل ان ابحث في طبيعه التأميم في العراق في مجال النفط والبنوك والشركات ، يمكن القول ان اراء الشراح في العراق تباينت فيما يتعلق بحصول التأميم او عدم حصوله قبل صدور قانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦١ ، ومن الممكن حصر هذه الاراء على النحو الاتي :ـ

الرأى الاول ـ يذهب الى ان العراق عرف تأميم الادارة حين اشترت الحكومه العراقية السكة الحديديه بموجب الاتفاقيه المبرمه بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٣٦ مع الحكومه البريطانية • وكذلك بتملكها ميناء البصرة بالاتفاقية المصدقه بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٢ ، وبتخلي شركة نفط خانقين عن مصفى النفط وتخلي شركة نفط الرافدين سنة ١٩٥١ عن معداتها واجهزتها الخاصه بتوزيع المنتجات النفطيه داخل العراق للحكومة العراقية ، مقابل تعويض اتفق عليه[٤٦] •

(٤٦) حامد مصطفى ـ النظام القانونى للمؤسسات العامة والتأميم في القانون العراقي ١٩٦٥ ـ ص ١٧٣ ـ ١٧٤ ومن انصار هذا الرأي ـ سعيد مبارك ـ الحقوق العينية الاصلية ـ المرجع السابق ـ ص ٤٧/ عبدالباقي البكري ـ المرجع السابق ـ ص ٧٤٣ـ٧٤٤ •

وبصيف بعض السراح ، ان الحكومة العراقية قامت بتأميم شركة التنوير والقوة الكهربائية المحدوده الانجليزية لمدينة بغداد بموجب المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٥ • وبذلك أنهت الامتياز الممنوح للشركة الانجليزية وقد تم ذلك بصورة رضائية بين الحكومة العراقيه والشركة(٤٧) •

الرأى الثاني — يرى ان عملية بيع وشراء مشروع النقل بالسكك الحديدية بموجب الاتفاقية الوديه بين الحكومة البريطانية والعراقية يمكن اعتبارها تأميما ولكن على سبيل التجاوز(٤٨) • اما بالنسبة لشركة نفط خانقين والرافدين فقد استردت الحكومة العراقية حقول النفط من الاولى وامتياز توزيع المنتجات من الثانية فأصبحت بيد القطاع العام ، دون ان يعتبر ذلك تأميما(٤٩) •

يفهم مما تقدم ، ان البواعث التي تدفع الدولة الى قيامها بالتأميم ترجع لاسباب اجتماعية واقتصادية وسياسية وفقا لما اوضحته • لذلك اعتقد ان الصورة الحقيقية للتأميم لا تتم الا اذا فرضتها ارادة الشعب وقامت الدولة بتحويل هذا النشاط او ملكية وسائل الانتاج والثروات المعدنية الخاصة •• وغيرها الى الامة ، لتضع حدا للاستغلال والنهب الاقتصادى من قبل الشركات الاحتكاريه الاجنبية لثرواتنا ولنسترجع حقوق الجماعة • وعليه ، فان الاتفاق الرضائي او انهاء الامتياز بين الدولة وشركة معينة على اعادة بعض المشاريع او قيام الدولة بتأدية الخدمات العامة لايمكن ان يعتبر تأميما وفقا للمفهوم القانوني الدقيق •

اضيف الى ما سبق ، ان الاتفاقيتين المبرمتين بين الحكومة البريطانية والعراقية على شراء سكة الحديد وميناء البصرة ، لا يصح ان تسمى تأميما ،

---

(٤٧) سعيد مبارك — المرجع السابق — ص ٤٧/ يؤيده في هذا الرأي عبود البلداوي — المرجع السابق — ص ٢٢٩ •
(٤٨) صفاء الحافظ — المرجع السابق — ص ٧٦ •
(٤٩) نفس المرجع — ص ٧٦—٧٧ •

لانها صفقة شراء • اما بالنسبة لشركة التنوير والقوة الكهربائية الانجليزية فلا تخرج المسألة هنا عن كونها انهاء للامتياز بصورة رضائية ولا ينطبق عليها **مفهوم التأميم بالشكل الذى حددناه •**

فالتأميم لم يقع عملا في العراق ، الا بمقتضى القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦١ الذى حدد مناطق الاستثمار وضيق حدود الامتيازات النفطية الاجنبية الى ١٩٣٧ كيلو مترا مربعا وتم تحرير (٥/٩٩) في المائة من الاراضي العراقية من سيطرة الاحتكارات النفطية العالمية[٥٠] • وذلك بالرغم من عدم اقتران اسمه بلفظ التأميم وبالرغم من الثغرات الهامة فيه التي كان من الممكن أن تفسح المجال للشركات الاجنبية للعودة ثانية الى الاستغلال[٥١] •

اما في مجال القطاع الصناعي والتجارى فقد أممت الحكومة العراقية بموجب القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٤ جميع شركات التأمين واعادت التأمين وكذلك المنشآت المبينة في الجدول المرفق بهذا القانون[٥٢] • كما جرى بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ تأميم جميع البنوك والمصارف غير الحكومية العاملة في العراق بما فيها فروع المصارف الاجنبية وتحويل ملكيتها الى الحكومة العراقية[٥٣] •

ومن الطبيعي ان التأميم في تلك الفترة كان يهدف الى وضع الاسس الصحيحة لنظام اقتصادى واجتماعي تذوب فيه الفوارق الطبقية وتسود فيه العدالة الاجتماعية برفع مستوى المعيشة لذوى الدخول المحدودة عن طريق

---

(٥٠) التقرير السياسى للمؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكى — ص ٧٢/ صفاء الحافظ — المرجع السابق — ص ٧٧ عبدالباقى البكري — المرجع السابق — ص ٧٤٣ •

(٥١) البكري — المرجع السابق — ص ٧٤٣/ الحافظ — المرجع السابق — ص ٢١٢/ لقد نشر تعديل نص المادة (٣) من قانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦١ في جريدة الوقائع العراقية عدد ١٨٤٢ بقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٧٠ في ١٥—٢—١٩٧٠ •

(٥٢) انظر جريدة الوقائع العراقية — عدد ٩٧٥ في ١٤—٧—١٩٦٤ •

(٥٣) جريدة الوقائع العراقية — نفس العدد •

السير في طريق الاشتراكية العربية(٥٤) • كما ان المشرع العراقي لم يغفل النص على الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ودورها في تحقيق التضامن الاجتماعي حتى في تشريعات تموز عام ١٩٦٤ التي جاء في اسبابها الموجبه : « وان الذين حددت ملكياتهم هم افراد لهم كراماتهم ومكانتهم في المجتمع وان التحويل الاقتصادى هذا يعني تغير الوظيفة الاجتماعية لملكيتهم هذه واذا كان من حق الدولـة تنظيم هذه الوظيفة فان من واجبها صيانة كرامة المواطنين جميعا » •

يستشف من ذلك : اقرار المشرع العراقي بالملكية الفردية وحمايتهـا الى جانب ملكية الدولة لوسائل الانتاج المهمة والثروات الاخرى الامر الذى يوضح التغير الواضح الذى طرأ على المضمون المتجانس لحق الملكية فـي القانون العراقي باعتبار ان الملكية الخاصة اصبحت وسيلة لادراك غاية وليست غاية في حـد ذاتها •

وايا كان نصيب التأميمات التي جرت في العراق من التقدير فان من المؤكد ان الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة تشكل اساسا لقانون الاول من حزيران عام ١٩٧٢ ، حين اصدر مجلس قيادة الثورة قانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٢ بتأميم عمليات شركة نفط العراق المحدودة وتأسيس شركة حكومية هي الشركة العراقية للعمليات النفطية(٥٥) • ذلك لان المشرع العراقي استند في قيامه بالتأميم الى الاساس الدستورى المنصوص عليه في الفقرة (أ) مـن المادة (١٦) من الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ والتـي تنص عـلى ان (الملكية وظيفة اجتماعية تمارس في حدود اهداف المجتمع ومناهج الدولة ، وفقا لاحكام القانون) ، والى ايديولوجية حزب الثورة العربية وما ورد في سياسته الاقتصادية(٥٦) •

---

(٥٤) انظر ما جاء في الاسباب الموجبة لقوانين التأميم المنشـور في جريدة الوقائع العراقية عدد ٩٧٥ السنة ٧ في ١٤-٧-١٩٦٤ .

(٥٥) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقيه عدد ٢١٤٦ السنه ١٤ في ١-٦-١٩٧٢ .

(٥٦) انظر سياسة حزب البعث العربي الاشتراكي الاقتصادية كمـا جاءت في الدستور الذي أقره المؤتمر القومي الاول من نيسان عـام ١٩٤٧ (المواد ٢٦-٣٧) في نضال البعث - جـ١ - المرجع السابق - ص١٧٧ .

التأميمات التي جرت في مجال القطاع النفطي في العراق بعد قانون الاول من حزيران ، كانت تطبيقا للشعار الذى التزمنه القيادة السياسية في العراق باستخدام النفط كسلاح في المعركة عقب نسوب حرب تشرين الاول عـام ١٩٧٣ • حيث قرر مجلس قيادة الثورة اصدار القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ بتأميم الحصة الشائعة لشركتي ستاندرد اويل نيوجرسي (اكسون) وموبيل اويل كوربوريشن الامريكتين ، في شركة نفط البصرة المحدودة[٥٧] • ثـم أممت حصة هولندا في شركة نفط البصره بسبب موقفها العدائي من الامة العربية بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٣[٥٨] • وكذلك أممت حصة كولبنكيان بقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٧٣[٥٩] • وبذلك تمت السيطرة الوطنية على ٨٥٪ من انتاج النفط في العراق[٦٠] • واخيرا قرر مجلس قيـادة الثورة فـــي ٨/١٢/٩٧٥ تأميم بقيه الحصص السائعه في عمليات شـركة نفط البصـرة المحدودة بقانون رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٧٥ • وقد تمت بمقتضاه السيطرة الوطنية الكاملة على ثروتنا النفطية[٦١] •

ثالثا ــ تقييد حق غير العراقيين في تملك العقارات

الاصل عدم جواز تملك الاجنبي للعقار ملكا صرفا في العراق الا على اساس المقابله بالمثل[٦٢] • فان توافر هذا المبدأ وجب الحصول على موافقـة

(٥٧) نشر في جريدة الوقائـع العراقيـــة ــ عـــدد ٢٢٨٣ الســـنة ١٦ في ٧ــ١٠ــ١٩٧٣ •

(٥٨) نشــر في جريدة الوقائـع العراقيـــة ــ عـــدد ٢٣٠٦ الســنة ١٦ في ٢١ــ١٠ــ١٩٧٣ •

(٥٩) نشر في جريدة الوقائـــع العراقيـــة ــ عــدد ٢٣٠٦ الســنة ١٦ في ٢٠ــ١٢ــ١٩٧٣ •

(٦٠) التقرير السياسى ــ ص ٨٠ •

(٦١) اعلن السيد رئيس الجمهورية قرار التأميم مساء يـوم ٨ــ١٢ــ١٩٧٥ من محطات الاذاعه والتلفزيون •

(٦٢) يقصد بالاجنبي ــ (كل شخص لا يحمل الجنسيه العراقية ولم يكن من رعايا الدول أو الامارات العربية) م ١/١٥٤ من قانون التسجيل العقاري •

وزير الداخلية على التملك ، وهي لا تتم الا بعد توفر شروط عديدة نصت عليها الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من قانون التسجيل العقارى •

وتنحصر ملكية الاجنبي للعقار في العراق بدار واحدة للسكن ومحل للعمل اذا كانت له مهنة يزاولها بنفسه • وتعتبر الحصة الشائعة ملكية تامة لهذا الغرض[٦٣] • ولا يحق للاجنبي المشاركة في مزايدة بيع العقار وتسجيله بأسمه الا بعد توفر الشروط اللازمة لذلك (م ١٥٦ ق•ت•ع) •

اما بالنسبة للاراضي الاميريه ، ايا كان نوعها ، والتي تؤول الى الاجنبي بأى سبب ، فلا يمكن تسجيلها باسمه وانما تسجل بأسم الدولة تطبيقا لنص المادة (١٥٥) من قانون التسجيل العقارى • اما الاراضي الزراعية ، التي اغفل النص عليها قانون التسجيل العقارى ، فان كانت مملوكة لاجنبي وجب عليه نقل ملكيتها الى شخص عراقي خلال سنة من تاريخ ايلولتها له والا تم بيعها وفقا لقانون التنفيذ[٦٤] •

وقد اعتبر القانون المدني العراقي اختلاف الجنسية من موانع انتقال حق التصرف اذ نصت المادة (١١٩٩) على انه (لا يثبت حق الانتقال ••• ولا بين عراقي واجنبي) والانتقال لا يثبت من عراقي الى اجنبي او بالعكس لورود النص مطلقا ، والحال يقتضي عدم منع الانتقال من الاجنبي الى العراقي لعدم وجود قيد يحول دون ذلك [٦٥] •واذا كانت القيود القانونية

---

(٦٣) الفقره الثانيه من الماده ١٥٥ من قانون التسجيل العقارى . وانظر الفقره الاولى من الماده الخامسه من قانون تملك الاجنبى للعقار رقم ٦٨ لسنة ١٩٦١ المنشور بجريدة الوقائع العراقية عدد ٥٣٨ في ١٥–٦–١٩٦١ . والى هذا ذهب ديوان التدوين القانوني في نشرته التى تصدرها وزارة العدل — العدد الاول السنة ٣ ، ١٩٧٣ رقم القرار ١٢١/١٩٧١ في ١٨–٥–١٩٧٢ ص ٢٦–٢٧ .

(٦٤) راجع نص المادة (١٢) و (١٣) من قانون تملك الاجنبى للعقار رقم ٣٨ لسنة ١٩٦١ .

(٦٥) من هذا الرأي — شاكر ناصر حيدر — المرجع السابق — ص ٩٢ .

المقررة على حق الملكية لمصلحة عامة تبدو بشكل واضح على حق الاجانب في تملك العقارات باعتبارها تشكل جزءا من الثروة الوطنية ، الا ان رعايا الدول والامارات العربية لم يعتبروا اجانب بمقتضى الفقرة (١) من المادة ١٩٥٤ من قانون التسجيل العقاري • وعليه ، فانهم يعاملون معاملة العراقي في تملك العقارات كما يبدو من النص • الا ان حقيقة الامر تفيد ان المشرع العراقي بين اسس تنظيم الملكية بقوانين خاصة بهم ، كقانون تملك رعايا دول الجامعة العربية للاموال غير المنقولة رقم ٥ لسنة ١٩٥٥ ، وقانون تملك الكويتي اموالا غير منقولة رقم ١٩ لسنة ٩٥٣ وتعديله الاول رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٥ الذى اجاز فيه لرعايا دولة الكويت تملك العقار في العراق عدا الاراضي الزراعية التي الزم القانون اخذ موافقة مجلس الوزراء في تمليكها مع مراعاة احكام قانون الاصلاح الزراعي[٦٦] • ولقد استثني الكويتي من مبدأ المعاملة بالمثل والقيود الخاصة بتسجيل العقار باسم رعايا الدول والامارات العربية ، اما ما عدا ذلك فان القوانين المشار اليها اعلاه تطبق على رعايا الدول والامارات العربية (فقرة ١ من المادة ١٦٠ من قانون التسجيل العقارى) •

صفوة القول ، ان تقييد حق غير العراقيين في تملك العقارات في العراق من القيود القانونية التي ترد على حق الملكية لامور تتعلق بمصلحة المجتمع• وتستمد هذه القيود اساسها الدستورى من المادة (١٨) من الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ التي نصت على ان : (التملك العقاري محظور على غير العراقيين ، الا ما استثني بنص » •

ويكمن الاساس النظرى في تقييد حق الاجانب في التملك ، في الحفاظ على سلامة البناء الاقتصادى والاجتماعي والسياسي في العراق • كما ان للملكية الخاصة وظيفة اجتماعية ودورا هاما في هذه المجالات ينبغي ان يكونا بيد الدولة أو بيد افرادها من الوطنيين ضمانا لاداء هذه الوظيفة اولا

(٦٦) نشر التعديل في جريدة الوقائع العراقية عدد ١١٣٦ في ٥ـ٧ـ١٩٦٥ وانظر الفقرة الثانية من المادة ١٦٠ من قانون التسجيل العقاري .

ومنعا لتدخل الاجانب وسيطرتهم على الثروه الوطنيه ووسائل الانتاج ومنها الاموال غير المنقوله كالاراضي والعقارات ثانيا • هذا فضلا عن ان في فرض القيود القانونيه ما يجعل من حق الملكية حقا منظما في النظام القانوني ، وهي قيود قد تفرض على العراقيين في مجال تملك العقارات ، ولا يعقل ان يتمتع الاجنبي بمركز قانوني افضل من مركز الوطني • اما ما اجيز لتملك الاجانب فانه يعد استثناء من الأصل ولا يمكن ان يتوسع في تفسيره •

رابعا ــ تقييد حرية تملك الاراضي الزراعية

لم يضع المشرع العراقي قيودا على سلطات الملاك والاقطاع قبل ثورة تموز عام ١٩٥٨ ، سوى النصوص المقـــررة في القانون المدني والقوانـــين الخاصه المتعلقة بنظام الطرق والابنية وتخطيط المدن والقرى او تنظيم زراعة بعض المحاصيل كالتبغ وغيرها • وقد كانت تغلب على الملكية الخاصة الصبغة المطلقة ، وتجتمع بيد المالك كامل الســلطات في التصــرف والاســتعمال والاستغلال ، ولم يكن سهلا ايقاع الجزاء على من يقصــر او يعطل وظيفــة الملكيه الاجتماعية بفعل سيطرة كبار الملاك والمتنفذين من رجال الاقطاع على اجهزة الدوله آنئذ • وقد استمر هذا الوضع حتى قامت ثورة الرابع عشر من تموز الخالدة عام ١٩٥٨ التي تعد بداية تحقيق الاهداف الوطنيــة ضــد الاستعمار والاقطاع[٦٧] • ثم صدرت قوانين الاصلاح الزراعي في العراق التي استهدفت تنظيم أسس الملكية الزراعية في العراق تأثرا بالنزعة الاجتماعية التي تسود كثيرا من دول العالم في وقتنا الحاضر • لذلك يلزمني بيان ماتضمنته هذه القوانين من قيود على حرية تملك الاراضي الزراعيــة موضحــا دور الوظيفة الاجتماعية الحافزة والمقيدة للملكية الزراعية •

أ ــ القيود التي فرضها قانون الاصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ •

حدد قانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ (المعدل) حق تملك الاراضي الزراعية

---

(٦٧) الاسباب الموجبة لقانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ •

بالنسبة للعراقيين ، وأورد قيودا على حرية تملكهم • فجعل بموجب مادته الاولى ، الحد الاقصى من الاراضي التي يجوز تملكها او الاحتفاظ بها الف دونم بالنسبه للاراضي التي تسقى سيحا او بالواسطة والفي دونم في الاراضي التي تسقى ديما ، او ما يعادل هذه النسبة منهما • ويكون تملك ما زاد على هذا الحد باطلا لا يجوز تسجيله • الا ان الفقرة الاولى من المادة الثالثة (المعدلة)[٦٨] ، اجازت للشركات والجمعيات بعد موافقة الهيئة العليا للاصلاح الزراعي ان يكون لها اكثر من الحد المقرر في الاصل العام في بعض الحالات • كما اجازت الفقرة الثانية للدائن الراسي عليه المزاد ان يكون له اكثر من الحد الاعلى اذا كان سبب الزيادة استيفاء دين من مدينه من طريق التنفيذ الجبرى •

ويلاحظ ان تحديد الحد الاقصى للملكيه الزراعية في القانون المذكور لم يكن على اساس الموقع او القابليه الانتاجية للأرض او الخصوبة ، مما يدفع الى الاعتقاد ان التفاوت في الدخول والاوضاع المعقدة في الريف العراقي لم يحصل فيها التغير الجذرى المطلوب •

ب ـ القيود التي فرضها قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠

لما كان قانون الاصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنه ١٩٥٨ لم يحدث الاصلاح الزراعي المنشود بفعل النواقص والاخطاء التي تضمنها من الناحية التشريعية والتي لازمته في تنفيذه[٦٩] • فان ضرورة اصدار تشريع جديد ينظم اسس الملكية الزراعية في العراق بصورة يضمن معها حقوق الفلاحين ويزيل طبقة الاقطاع ويحدث تغيرا جذريا في القطاع الزراعي اصبح امرا لابد منه • لذلك صدر في ١٩٧٠/٥/٣٠ قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ الذى جاء طافحا بالعديد من المبادىء التي كان يخلو منها القانون السابق •

---

(٦٨) نشر التعديل في جريده الوقائع العراقيه عدد ٨١٨ في ١٩-٦-١٩٦٣ •

(٦٩) انظر الاسباب الموجبة لقانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠•

ان من اهم ما انطوى عليه من احكام ، تخفيض الحد الاعلى للملكيــة الزراعية (م٢) • كما جاء بقواعد جديده لتوزيــع الارض اولت باهتمامهــا القطاع التعاوني باعتباره سيأخذ موقعا قياديا في العملية الانتاجية المقبلــة ، اضافة الى وضع اسس جديدة لتوزيع الارض على الفلاحين تتناسب وظروف الانتاج وتضمن معها حقوقهم ، باستثناء المنطقة الشمالية التي كانت تعيش ظروفا استثنائية[٧٠] •

اما بالنسبة للبساتين فقد تم استثناؤها من أحكام تحديد الملكية الزراعية واجيز لمن يملك بستانا تفوق مساحته الحد الاعلى الوارد في المادة (٢) حق الاحتفاظ به تشجيعا للبستنة باعتبارها جزءا مهما من الثروة الوطنية[٧١] • كما اجيز للمجلس الزراعي الاعلى في الفقرة (د) من المادة الثانية حق تخفيض الحد الاعلى للملكية بالنسبة للاراضي القريبة من مراكز التسويق الى حــد نصف الاصل المقرر في هذه المادة • فضلا عن ان الموصى له او الوارث او الموهوب له لا يسمح لاى منهم في ان يملك من الاراضي الزراعية اكثر من الحد المقرر قانونا بالرغم من صحة الاسباب التي يدعونها •

ويلاحظ ان الفقرة الاولى من المادة الرابعه قيدت حق تملك صــاحب الارض المجنبة بقولها : (اذا كان التجنيب السابق وفق القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ وتعديلاته يخالف اهداف الاصلاح الزراعي فنعين لصاحب الارض المساحة التي يستحقها وفق هذا القانون ضمن الارض المجنبة او المستولى عليها واذا تعذر ذلك فمن ارض مماثلة في المنطقة) • ولعل السبب الذى حدا بالمشرع الى وضع هذا النص هو تلافي اساءة استعمال حــق اختيار الارض الذى كان مقررا في القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ المعدل الذى اضر بحقوق كثير من الفلاحين •

---

(٧٠) التقرير السياسي — ص ١١٤–١١٧ •

(٧١) الاسباب الموجبة لقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ ص ١٥ •

والواقع ان حماية المصلحة الاجتماعية قد يتدخل القانون في تحقيقها بناء على اعتبارات تخطيطية حتى فيما يخص الوظيفة الاجتماعية الحافزة • فتشريع الاصلاح الزراعي مثلا يهدف الى تحسين حياة الفلاحين الاجتماعية والاقتصادية والقانونية(٧٢) • لان في توزيع الاراضي عليهم تحقيقا للمبادرات الفردية في تحقيق وظيفة الملكية الاجتماعية الحافزة • ومن صميم المنفعة العامة تمليك الارض للفلاحين في الحدود القانونية(٧٣) •

ومن الجدير بالذكر ، ان بعض المنتجات الزراعية في العراق كالتبغ والتمور تخضع لقيود قانونية فرضها المشرع تحقيقا للمصلحة العامة • فقد فرض واجبا على اصحاب هذه المنتجات بعدم جواز بيعها الا لدائرة انحصار التبغ بالنسبة للتبغ ولمصلحة التمور العراقية بالنسبة للتمر • ويمكن ان تكون هذه وظيفة اجتماعية مقيدة ما دامت سلطة التصرف قد فرض عليها واجب القيام بعمل معين يؤثر حتما في مفهوم حق الملكية •

اما الاساس الدستورى الذى يقوم عليه تقييد الملكية الزراعية في العراق فهو نص الفقرة د من المادة ١٦ من الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ ، التى قضت بأن : (الحد الاعلى للملكية الزراعية يعينه القانون ، وما فاض عن ذلك يعتبر ملكا للشعب) •

انني ارى ، انه الى جانب ما احدثه قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ من تغيير هام في القطاع الزراعي قياسا الى قانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ المعدل ، الا انه ينطوى على كثير من مواطن الضعف والمآخذ التي تلاحظ عليه بفعل التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي جدت في العراق واحدثت تباينا بين النصوص القانونية وبين ما تخطط له الدولة للعملية الانتاجية المقبلة ، لذلك يحسن بي بيان اهم ما ينطوى عليه هذا القانون من نقائص في رأيي • وسأشير اليها فيما يلي :ـ

---

(٧٢) عبدالحى حجازي ـ البحث السابق ـ ص ٢٨١ .

(٧٣) نفس البحث ـ ص ٢٨٢ـ٢٨٣ .

(١) نص القانون على استثناء البساتين من الاصل العام الوارد في المادة الثانية في مجال تحديد الملكية الزراعية بحجة حماية الثروة الوطنية . وهو استثناء لا مبرر له . فالبساتين يجب اخضاعها للحدود القانونية الواردة في المادة المذكورة ، وينبغي ان يقتصر الانتفاع بها على الفلاحين الذين يمتهنون الزراعة فعلا . لان ترسيخ اسس الزراعة الاشتراكية في العراق لا يمكن ان يقوم على ملكية الغائب عن ارضه او تاركها[٧٤] . ان الارض تكون لمن يخدمها ، ولا يجوز فسح المجال للملاك في استغلال جهود الفلاحين او توسيع ملكياتهم الكبيرة من البساتين بحجة حماية الثروة الوطنية .

(٢) لم ينص القانون على أهم اتجاه تهدف حكومة الثورة الى تحقيقه ، وهو ترسيخ اسلوب المزارع الجماعية (ومزارع الدولة) . وفي النوع الاخير من المزايا والفوائد ما يستحق بها ان يكون اصلا في الزراعة الاشتراكية[٧٥] . ذلك لان تفتيت الملكية الزراعية الى وحدات زراعية صغيرة يعد صورة من امراض النظام العقارى[٧٦] . لما يحدثه من نتائج سلبية في التطور العام للانتاج الزراعي[٧٧] . ولهذا السبب تدارك المسرع العراقي هذا النقص فأصدر قانون مصلحة مزارع الدولة رقم ١٤١ لسنة ١٩٧٥[٧٨] .

---

(٧٤) انظر ما جاء بورقة عمل اصلاح النظام الفانونى في العراق حول تصفية ملكية وحق تصرف الملاك الغائبين الذين لا يمتهنون الزراعة أو لا يقومون باعمالها كزراعيين فعليين — والتى اوردتها الاهداف العامة للحقوق المدنية / الفصل الثانى .

(٧٥) انظر شرح هذه المزايا — سعدون حمادي — نحو اصلاح زراعي اشتراكى — المرجع السابق — ص ٣٦ وما بعدها .

(٧٦) عبدالحي حجازي — البحث السابق — ص ٢٨١ هامش رقم (١) .

(٧٧) التقرير السياسى لحزب البعث العربى الاشتراكى — ص ١١٦ .

(٧٨) نشر بجريدة الوقائع العراقية — عدد ٢٤٩١ السنة ١٨ في ٢٩—٩—١٩٧٥.

(٣) لا اجد تبريرا كافيا للتفاوت الكبير في النسب بين تحديد الحد الاقصى للملكية الزراعية وتحديد الحد الاقصى في توزيع الاراضي على الفلاحين • لان هذا التفاوت الواسع سينعكس حتما على الدخول وعلى مستوى المعيشة ايضا • ولذلك يجب اعادة النظر فيها بما يكفل تحقيق العلاقة بين صاحب الملكية الخاصة والعامل الزراعي يجعل الطرف الزراعي •

(٤) ارى ضرورة الغاء اسلوب ايجار الاراضي الزراعية واعتماد مبدأ الارض لمن يفلحها الذى يعد خير وسيلة للانتاج الوفير • لان بقاء هذه العلاقة بين صاحب الملكية الخاصة وبين العامل الزراعي يجعل الطرف الثاني تحت تأثير الطرف الاول بالضرورة • وحبذا لو اضاف المشرع العراقي فقرة الى القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ تولي الاهتمام وتعطي الافضلية في التوزيع على العناصر الفنية القيادية من خريجي المدارس والكليات الزراعية ذوى الاستيعاب العالي لماهية العمل التعاوني مع وضع الحوافز المادية والمعنوية وتحسين ظروف العمل التي تشدهم الى التوجه الى هذا الميدان •

جـ ـ القيود الواردة في قانون تنظيم الملكية الزراعية في منطقة كردستان رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥(٧٩) •

بعد زوال الظروف الاستثنائية التي كانت تعيشها المنطقة الشمالية ، اصدر مجلس قيادة الثورة في ٢٥/٥/١٩٧٥ قانون تنظيم الملكية الزراعية في منطقة كردستان المشمولة بقانون الحكم الذاتي رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ والذى جاء بالعديد من المبادىء التي استهدفت ضمان اداء الوظيفة الاجتماعية لملكية الاراضي الزراعية • فحدد القانون ملكية الاراضي الزراعية والبساتين ، واعاد النظر في حدود الملكية الزراعية المنصوص عليها في المادة الثانية من قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ فقط دون المساس بحدود التوزيع المنصوص

(٧٩) نشر في الوقائع العراقية عدد ٢٤٧٥ في ٩ـ٦ـ١٩٧٥ •

عليها في القانون المذكور بسبب كثافة السكان وقلة الاراضي الصالحة للزراعة وانتشار الاقطاع[80] .

وقد جعل قانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ عيون المياه الطبيعية من الثروات العامة المملوكة للدولة والتي يباح الانتفاع بها لجميع الناس تطبيقا للحديث الشريف (الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلاء والنار)[81] . منعا لاحتكار مصادر المياه من قبل الملاك الذين جعلوا من حيازتهم لها مصدرا للكسب غير المشروع وتسبب ذلك في الاضرار بحقوق الجماعة .

خامسا ـ القيود الواردة في قانون تنظيم ايجار العقار رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٣ (وتعديله رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٥)[82] تقليصا لسلطات المؤجر .

يعد قانون تنظيم ايجار العقار رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٣ من اهم مظاهر اعمال الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ، اذ توجب الضرورات الاجتماعية مراعاة حقوق الاخرين ومصالحهم الى جانب رعاية المصلحة الخاصة للمالك . ومع ذلك فان التنظيم القانوني المدني لعقود ايجار الدور والعمارات والاماكن المعدة للسكن لم يضعف من سلطات المؤجر ولم يسخر هذه العقود لخدمة النفع العام ويغلب مصلحة الجماعة على المنفعة الشخصية على نحو يغير من الوضع التقليدى للالتزامات والعقود .

غير انه بعد التطورات الاجتماعية والاقتصادية ، وازدياد الهجره من الخبراء والفنيين والايدي العاملة الى العراق اثر تنفيذ برامج خطط التنمية الشاملة ، وبسبب ارتفاع مستوى المعيشة ، ازداد الطلب على محلات السكن وارتفعت ايجاراتها وبرزت سلطات المؤجرين واصحاب رؤوس الاموال بشكل يؤكد عدم تكافؤ العلاقة بينهم وبين المستأجرين ، ويتطلب عقود ايجار لتكون اداة لتحقيق المصلحة العامة[83] .

---

(٨٠) الاسباب الموجبة لقانون رقم ٩٠ لسنه ١٩٧٥ .

(٨١) الاموال ـ لابى عبيد ـ المرجع السابق ـ ص ٢٩٤ـ٢٩٥ .

(٨٢) نشر في الوقائع العراقية عدد ٢٢٥٩ السنه ١٥ وتم بموجبه الغاء قانون مراقبة ايجار العقار رقم ٦ لسنه ١٩٥٨ المعدل .

(٨٣) نزيه محمد ـ المرجع السابق ـ ص ٧٠٧ .

ولغرض تحقيق العدالة الاجتماعية وحماية الطبقة الضعيفة بضمان اداء ما للملكية من وظيفة اجتماعية ، تدخل المسرع العراقي في تنظيم ايجار العقار بالتشريع رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٣ الذى جاء خاليا من الاسباب الموجبة اضافة الى بعض النواقص والثغرات التي استطاع المؤجرون الانسياب من خلالها والتهرب من احكامها مما حتم على المشرع العراقي تعديله بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٥ بغية الموازنة بين مصلحة المؤجر والمستأجر لما يقوم بينهما من تعارض يقتضي التوفيق • ان من اهم الوسائل التي تنظم الملكية الخاصة في النظام القانوني العراقي وتساعد على هذا التوفيق والانسجام بين غريزتي التسلك والتعايش تقييد حرية المؤجر في تقدير بدل الايجار ، وفي انهاء العقد • وهما امران اتكلم عليهما فيما يلي على التوالي :

أ ـ تقييد حرية المؤجر في تقدير بدل الايجار

نصت الفقرة الاولى من المادة الثالثة على تحديد الحد الاقصى لبدل الايجار السنوى بنسبة ٧٪ من قيمة الدار بالنسبة لمحلات السكن المشمولة بالقانون • ومنعت اية زيادة على هذه النسبة من قيمة الدار التي تقوم لجان الضريبة بتقديرها لاغراض هذا القانون • كما وضعت جزاءا قانونيا على اى اتفاق يقع خلافا لذلك ، هو بطلان عقود الايجار التي يزيد بدل ايجارها السنوى عن النسبة المحددة في القانون ، واوجبت تخفيض البدل الى الحد القانوني المسموح به ورد الزيادة الى المستأجر •

اما المادة الرابعة فقد اجازت لمالك الدار طلب اعادة النظر في تقدير بدل الايجار السنوى او قيمتها في حالة اجراء الترميمات او التحسينات او الاضافات التي تزيد في الايراد او في القيمة • الا انها وضعت قيدا على حرية المؤجر في تقديم طلب التقدير اذ اشترطت ان لا تقل كلفة الترميمات أو التحسينات او الاضافات عن ١٠٪ من مجموع بدلات الايجار من تاريخ التشييد (او تاريخ اخر ترميم) وتاريخ الترميم او التحسين او الاضافة الذى لحق العقار والذى يطلب المالك اعادة التقدير بسببه •

ويرى استاذنا الناهي ان نص المادة الرابعة في حاجة الى ان يعاد النظر في صياغته لغرض تعديله ، لانه يتضمن تشديدا على اصحاب دور السكن المؤجرة في الصرف بعقاراتهم وترميمها مما يؤدي الى شل حركة العمران شللا بالغا ويدفعهم الى الاحجام عن الادخار وتوظيف الاموال في البناء فضلا عن الخراب الذي سيهدد أكثر الدور المؤجرة . لان صياغتها بعيدة عن حمل المؤجر على ترميم العقار او تحسينه اضافة الى كونها قد اغفلت الزيادة في قيمة الدار المرممة[٨٤] .

الا انني ارى ان نص المادة الرابعة يبدو سليما ، فهو ينطوي على قيد هام على حرية صاحب الدار في تقدير ما يشاء من بدل ، دون ان يمنعه ذلك من ترميم الدار او تحسينها او الاضافة اليها . واذا قيل ان صاحب الدار قد يتراخى او يمتنع عن الترميم والاصلاح ، فان علاج ذلك يتم باضافة فقرة ثانية الى النص تؤكد الوظيفة الاجتماعية الحافزة وتضمن حقوق المستأجر وسلامته اذا احتاج المأجور الى الترميم او التحسين او الاضافة وذلك بتخويل المستأجر حق طلب ذلك من المالك . واذا امتنع المالك وجه اليه انذار بواسطة الكاتب العدل . فان انقضت مدة الانذار ، حق للمستأجر القيام بذلك على نفقة المالك ويرجع عليه بالنفقات المعتادة .

اخلص مما تقدم ، الى القول ان تحديد بدل الايجار السنوي بنسبة معينة بعد قيدا قانونيا فرض لتحقيق المصلحة العامة ، وبه تقيدت حرية المؤجر في استغلال المأجور .

ب ـ تقييد سلطة المؤجر في انهاء عقد الايجار . (الامتداد القانوني لعقد الايجار) .

ان اهم القيود القانونية المفروضة على سلطات المالك في استغلاله ملكه، تقييد حرية المؤجر في طلب تخلية المأجور وانهاء عقد الايجار والنص على

---

(٨٤) صلاح الدين الناهي ـ مقدمة تحليلية وتعليقات على قانون تنظيم ايجار العقار رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٣ وتعديله رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٥ ـ مطبعة الحوادث ـ بغداد ١٩٧٥ ص ٦ .

الامتداد القانوني لعقد الايجار نطبيقا لوظيفة الملكية الاجتماعية اولا واخذا بالنزعة الاجتماعية في احكام الفانون تانيا[85] •

وقد اخد المسرع العراقي بهذا القيد في المادة النامنه من قانون مراقبة ايجار العقار رقم ٦ لسنه ١٩٥٨ الملغى وفي المادة التاسعة من قانون تنظيم ايجار العقار رقم ٦٧ لسنة ٩٧٣ التي نصت على الحالات الاستثنائية التي اوردتها على سبيل الحصر والمتعلقة بالنظام العام التي يجوز فيها للمؤجر طلب التخلية من المستأجر[86] • ثم جاء قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٢٥٦ في ٩/١١/٩٧٥ مقيدا سلطات المؤجر في طلب تخلية المأجور • فنصت المادة الاولى من القرار على ما يلي : (لا تسمع دعوى المؤجر ، بصرف النظر عن صفته ، بأخلاء دار السكن المؤجرة ، وذلك لمدة ثلاث سنوات من تاريخ نفاذ هذا القرار • وتستثنى من ذلك دعاوى الاخلاء بسبب عدم دفع بدل الايجار أو بسبب نقل الموظف الى المدينة التي فيها داره ، اذا كان النقل بناء على ما تقتضيه المصلحة العامة ، وليست بناء على رغبته)[87] •

ان الاسباب التي دعت الى وضع هذه القيود القانونية التي تحد من حقوق وسلطات المؤجر تقوم على حماية المستأجرين وأسرهم من التشرد والضياع ومنعا لتذرع المؤجرين بالحجج لزيادة بدلات الايجار • ولذلك اصبح حق المستأجر في بقائه بالمأجور حتى بعد انتهاء مدة الانتفاع الواردة في العقد يستند الى نص القانون وليس الى العلاقة التعاقدية مع المؤجر[88] ، ابتغاء حماية الطبقة الضعيفة اقتصاديا وهي طبقة المستأجرين الذين يحق لهم

---

(٨٥) فاضل حبتي – المرجع السابق – ص ١٨٠ وما بعدها وص ٢١٣–٢١٤ •

(٨٦) انظر في شرح اسباب تخلية المأجور في القانون العراقي بالتفصيل : سعدون العامري – الوجيز في العقود المسماه ج ١ ط ٣ مطبعة العاني – بغداد ١٩٧٤ ص ٣٢٩ وما بعدها .

(٨٧) نشر في جريدة الوقائع العراقية عدد ٢٥٠٠ السنة ١٨ في ١–١٢–١٩٧٥

(٨٨) العامري – المرجع السابق – ص ٣١٠ •

انهاء العقد متى شاءوا[٨٩] ، مع مراعاة مواعيد التنبيه المنصوص عليها في المادة ٧٤١ من القانون المدني العراقي[٩٠] .

ان انصار المذاهب الاجتماعيه الموضوعية يرتبون آثارا على نسبية حقوق الافراد ، منها ، عدم الاعتراف للمالك بالحق في المأجور عند انتهاء مدة الانتفاع به ، لان المصلحة العامة توجب توفير السكن لجميع الافراد في ظروف ازمة السكن الحاضرة والا ادى الامر الى خلق مشكلة اجتماعية مستعصية[٩١] .

أنني ارى ان قانون تنظيم ايجار العقار وتعديلاته لا يمكن ان يحل ازمة السكن في العراق وان افاد تنظيم العلاقات القانونية بين المؤجر والمستأجر والحد من استغلال الطبقة القوية اقتصاديا لطبقة المستأجرين . وحيث ان عقود ايجار واستئجار الدور والغرف والسقق المعدة للسكن من اهم العقود في المجتمع واكثرها شيوعا ، ولما كان العراق يعاني ازمة سكن قاهرة في الوقت الحاضر لاسباب عديدة ، وحلا لمشكلة السكن ، فقد يكون في وسعي تقديم بعض الحلول الآنية والجذرية التي قد تسهم في التغلب على هذه المشكلة ، منها :ـ

١ ـ استبعاد التفرقة بين الدور المؤثثة وغير المؤثثة في دفع بدل الايجار التي نصت عليها المادة (٧) من قانون تنظيم ايجار العقار رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٣ ، لا سيما وان الشطر الاخير منها يفسح المجال للتهرب من نصوص القانون والغرض منه .

٢ ـ سد النقص الوارد في المادة (٩) التي نصت على الحالات الاستثنائية المتعلقة بالنظام العام والواردة على سبيل الحصر والتي يجوز للمؤجر فيها المطالبة بانهاء العقد الممتد قانونا ، بالنص على اعتبار تملك

(٨٩) نزيه محمد الصادق ـ المرجع السابق ـ ص ٧١٥ .
العامري ـ المرجع السابق ـ ص ٣١١ .
(٩٠) العامري ـ المرجع السابق ـ ص ٣١١ .
(٩١) فاضل حبشي ـ المرجع السابق ـ ص ١٨٢ .

المستأجر شقة في عمارة سكنية بمثابة تملكه دارا لغرض طلب المؤجر الاخلاء خاصة وان هذه الحالة شبيهة بالحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين (ز ، ج) في المادة المذكورة بعد تعديلها(٩٢) • وخاصة بعد اعتماد خطط التوسع العمودى في الاسكان •

٣ ـ وتنظيما للعلاقات القانونية في الايجار والاستئجار وتطبيقا للقانون ولقرارات مجلس قيادة الثورة بصوره صحيحة يتحقق معها حماية الطبقه الضعيفه اقتصاديا ومنعا للتحايل والتهرب من احكام قانون تنظيم ايجار العقار ينبغي استحداث دائرة خاصة لشؤون الايجار والاستئجار الى جانب دوائر ضريبة العقار • وذلك بسبب انتشار ظاهرة تسجيل العقود الصوريه وغير الصوريه التي لا تبين بدل الايجار الحقيقي للمأجور بفعل سيطرة وتحكم المؤجر الذى يخالف اهداف القانون الذى جاء لعمل الموازنة الاقتصادية وحماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة القانونية • على ان تقوم هذه الدائرة بمسك السجلات باسماء الاشخاص الراغبين في استئجار دور السكن وتكون المفاضلة بينهم حسب اسبقية التسجيل ، وذلك بعد تدوين جميع المعلومات المطلوبه المتعلقة بنوع السكن والمستأجرين ، وفي ذلك من التقييد لحرية المؤجر ومنع تحكمه مما يسهم في تحقيق النفع العام ويفضي الى تطبيق القانون بصورة سليمة • وكمقابل لانشاء دائره شؤون الايجار والاستئجار ينبغي الغاء مكاتب الدلالية والوسطاء في عمليات بيع وشراء وتأجير الدور والغرف والسقق والمكاتب وغيرها •

٤ ـ كما ارى ان قانون تنظيم ايجار العقار بحاجة الى نص قانوني يلزم المؤجر بابلاغ الدائرة المذكورة بخلو المأجور خلال مدة خمسة عسر يوما من تاريخ التخليه او من تاريخ الفراغ من الترميمات او الاضافات او التحسينات لعرض تأجيرها وفق النسبة المقررة قانونا • على ان يتم تسليم ونسلم بدلات الايجار من طريق الدائرة المذكورة • واذا لم يقم بالاخبار عن حصول الخلو

---

(٩٢) من هذا الاتجاه انظر ـ الناهى ـ المرجع السابق ـ ص ٦ •

تعرض للعقوبة التي يحددها القانون • ان اضافة هذا النص الى القانــون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٣ قد يسهم في حل ازمة السكن سريعا ويحل محل المادة (١١) المضافه بموجب المادة الخامسة من قانون التعديــل التي منعت بقــاء المأجور خاليا بدون عذر مسروع مدة ٩٠ بوما من ناريخ بنائه او خلوه •

٥ ــ واذا كان نص المادة (١١) من قانون تنظيم ايجار العقار قد اجاز في شطره الاخير للسلطة المالية القيام بتأجير المأجور المتروك مدة ٩٠ يومــا وفق احكام القانون ، الا انه لم ينص على حالة ما اذا كان المالك قــد ترك الدار بدون عمارة وهي لا تصلح للسكن • لذلك ينبغي على المشرع العراقي ان يضيف نصا يقضي بعدم جواز ترك المأجور غــير صالح للسكن بسبب تهدمه اذا كان المالك قادرا على عمارته ، والا تعرض لعقوبة يحددها النص ، لما في ذلك من تعطيل لوظيفة الملكية الاجتماعية واخيرا بالمصلحة العامة وتعقيد لأزمة السكن •

وفي جميع الحالات التي يترك فيها المأجور غير قابل للانتفاع به ، يجب السماح للسلطة المالية او للمستأجر الذى يحصل على أذن المحكمة بالقيــام بالترميم او التحسين او الاضافة ، ومن ثم استغلال الدار او السقة ودفــع بدل الايجار للدائرة المذكوره بعد خصم النفقات المعتادة •

ولما كان السكن يعد من ضروريات الحياة فان من اهم الملاحظات التي يمكن ايرادها لحل ازمة السكن في العــراق بصورة جذريــة بالاضافة الى الحلول القانونية التي ذكرتها ، ما يلي :

١ ــ تسجيع القطاع الخاص في استثمار رؤوس الامــوال بالبنــاء والاعمار بعد توفير مواد البناء الاولية بأسعار ثابتة وفرض الرقابة الصارمة على المتلاعبين بهــا •

٢ ــ استثمار اموال الاوقاف في تسييد العمارات السكنية وتمليــك شققها للمواطنين ببدلات شهرية معقولة تتناسب مع الدخول •

٣ ــ قيام مؤسسات الدولة وخاصة المؤسسة العامة للاسكان بأستملاك الاراضي او شرائها وبناء العمارات السكنية ثم تمليك شققها للمواطنين وموظفي الدوائر والمؤسسات لقاء بدلات شهرية تقسط حسب الدخول . لان الدولة التي تسير في مجال التخطيط الاشتراكي لابد من ان تأخذ على عاتقها حل الازمات الاجتماعية والاقتصادية التي يعانيها الجانب الاكبر من طبقات الشعب . ففي حلها قضاء على الاستغلال وتوفير لاحدى ضرورات الحياة في المجتمع الاشتراكي .

٤ ــ قيام الدولة بتمليك القطع السكنية والدور المشيدة عليها في العرصات التابعة لجهة الاوقاف او التابعة للملاك (كعرصات بحوشي) منعا لتركز الملكية وتوسعها في مجتمع يسير في درب التحول نحو الاشتراكية .

٥ ــ قيام الجمعيات التعاونية للاسكان في دوائر الدولة بتوزيع قطع الاراضي السكنية على منتسبيها بأسعار معقولة على ان يتم بناؤها خلال مدة معينة من تاريخ استلامها ، مع تخفيض سعر الفائدة في قروض المصرف العقاري تسجيعا لحركة البناء . وكذلك منع ازدواج الحصول على القطع السكنية من قبل الزوج والزوجة الموظفين او العاملين منعا للمتاجرة بأحدى القطعتين والحيلولة دون الحصول على اكثر ما فيه كفاية العائلة وفسحا للمجال امام غيرهم في الحصول على السكن .

هذه بعض الملاحظات التي يمكن ان تسهم في حل ازمة السكن في العراق . اما قانون تنظيم ايجار العقار فهو من القيود القانونية الواردة على حق الملكية الهادفة الى تنظيم اسس الملكية الخاصة في النظام القانوني العراقي على نحو يضمن اداء الوظيفة الاجتماعية لهذا الحق تحقيقا للمصلحة العامة .

الفـــرع الثـــاني

القيود القانونية المقررة لمصلحةخاصة

بينت فيما نقدم القيود القانونية التي نرد على حق الملكية تقديرا لمصلحة عامة اولى بالرعايه من المصلحه الخاصه في حاله نعارضهما • الا ان المشرع العراقي يعرض الى جانب ذلك قيودا اخرى على حق الملكية تقديرا لمصلحـة خاصة قدمها على مصلحة المالك • وذلك اعمالا لمبدأ الوظيفـة الاجتماعيـة للملكيه الخاصة ، وتوفيقا بين الرغبات والميول الفردية المشتركة ، وتحقيقـا للتجـاور والاسـتعمال المتعاصـر للحقوق على العقارات المتجـاورة ولغرض اشباع الحاجات الضرورية للحقوق من المـاء والهواء والضوء• ان كل ذلك يتطلب فرض قيود على حق الملكية تحول دون النزاع بين المـلاك وتجنب الاضرار بالزراعة والصناعة والصحة[٩٣] •

ومع ذلك فان هذه القيود المقررة لمصلحة خاصة لا تعني ابتعادها عن مقتضيات المصلحة العامة فتقرير التزامات الجوار وتقييد سلطة المالك بعدم التعسف في استعمال حقه والحد من منفعة عقار بفرض تكليف عليه لمصلحة عقار آخر ، تظهر فيها جميعا مصلحة المجتمع وتضامنه الى جانب مصلحة المالك وحقوقه النسبية • لذلك سأذكر فيما يلي أهم القيود القانونية التي تتقرر لمصلحة خاصة :

أولا ــ مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة

صاغ المسرع العراقي التزامات الجوار في المادة (١٠٥١) مـن القانون المدني مستهديا بأحكام الشريعة الاسلامية • فنص على ما يأتي :

(١ ــ لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بالجار ضررا فاحشا • والضرر الفاحش ، يزال سواء كان حادثا او قديما •

٢ ــ وللمالك المهدد ان يصيب عقاره ضرر من جراء حفر او اعمال اخرى تحدث في العين المجاورة ، ان يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر •

---

(٩٣) عبدالحى حجازي ــ البحث السابق ــ ص ٢٩٢ •

وله أيضا ان يطلب وقف الاعمال الجديدة أو اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة في النزاع •

٣ ــ واذا كان احد يتصرف في ملكه فجاء آخر واحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله ، فيجب ان يدفع ضرره بنفسه(٩٤) •

والواقع ، ان المشرع العراقي لم يكن موفقا في صياغة النص ، وخاصة فقرته الاخيرة التي ترجع اصلها الى المادة (٦٣) من مرشد الحيران التي تبرز فيها وجهة نظر المذهب الحنفي الفردية ، مما يدفعني الى القول انه كــان يحسن بالمشرع العراقي ان يستمد مضمون نصه المتعلق بمضار الجوار غير المألوفة من المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري(٩٥) •

ان نص المادة ١٠٥١ فرض على المالك التزاما سلبيا بالامتناع عن القيام بعمل يلحق بالجار ضررا فاحشا ، الا ان المشرع العراقي حــين قرر هــذه المسؤولية ترك امر تقديرها لقاضي الموضوع • والضرر الفاحش في الشريعة الاسلاميه وحسب الرأى الذى اخذ به مرشد الحيران هو ما يكون ســببا لوهن البناء او هدمه او يمنع الحوائج الاصلية(٩٦) ، او سد الضياء بالكلية على الجار(٩٧) ، او رؤية المحل الذى هو مقر النساء(٩٨) •

---

(٩٤) مصدرها المواد ١١٩٧ ــ ١٢٠٧ مجله و ٥٧ـ٦٣ مرشد الحيران وتقابل نص المادة ٨٠٧ مدنى مصري .

(٩٥) نصت المادة ٨٠٧ ق.م.م على انه : (١ ــ على المالك الا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . ٢ ــ وليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المألوف التى لا يمكن تجنبها ، وانما له ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف على ان يراعى في ذلــك العرف وطبيعة العقارات ، وموقع كل منهما بالنسبة للاخر ، والغرض الذي خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق) .

(٩٦) مرشد الحيران ــ المرجع السابق ــ م ٥٩ وانظر م ١١٩٧ من المجلة .

(٩٧) مرشد الحيران ــ م ٦١ .

(٩٨) مرشد الحيران ــ م٦٢ وانظر م ١٢٠٢ من المجلة .

اما الاضرار المألوفة فلا يكون الجار مسؤولا عنهـا • لان الجـوار ضرورة اجتماعية تقضي بالتعاون والتضامن بين الجيران ولا غنى لكل جار من ان يتصف بالسماحة ورحابة الصدر فيتحمل ضـرر جـاره الطبيعـي المألوف[٩٩] • فكما ان التضامن يتطلب من الجـار عـدم القيام بعمل يتسبب في ضرر فاحس ، فانه ينبغي على الجيران تحمل الضـرر اليسير او المـألوف والمضايقات العادية الناشئة عن الجوار[١٠٠] • ويرجع في تمييز الضرر العادى عن الضرر غير المألوف الى العرف وطبيعة العقار والغرض المخصص له وهي مسألة نسبية[١٠١] •

ان الاعباء والتكاليف السلبية التي تفرض في مجال العلاقات الجوارية، تسمل انواع الملكية كافة • فصاحب الملكية السخصية (كالـدار) والملكيـة الخاصة والملكية العامة ، يلتزمون بالحفاظ على استقرار العلاقـات وتأديـة ما للملكية من وظيفة اجتماعية • وقد ثار الخلاف حـول الاساس القانوني لالتزامات الجوار مما يتطلب توضيحه ، ثم بيان موقف القضاء العراقي من هذه الالتزامـات •

أ ـ الاساس القانوني لالتزامات الجوار

تتحدد مسؤولية المالك التفصيرية وفقا للقانون المـدني العـراقي اذا اخطأ في استعمال حقه كأن يهدم جدار داره دون ان يحصل على إذن بالهدم

(٩٩) البشير ـ الحقوق العينـة الاصلية ـ المرجع السابق ـ ص ٢١ •
حسن الدنون ـ المرجع السـابق ـ ص ٣٧/ زهـدي يكن ـ الملكيـة والحقوق العينيه الاصلية ـ المرجع السابق ـ ص ٩١ •
حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ٦٤٥ـ٦٤٦ •

(١٠٠) شاكر ناصر ـ المرجع السابق ـ ص ١١٤ •

(١٠١) السنهورى ـ ج ٨ حق الملكية ـ المرجع السابق ـ ص ٦٩٧
احمد سلامة ـ المرجع السابق ـ ص ١١٩ ، ١٢٣ •
زهدي يكن ـ المرجع السابق ـ ص ٩٦/ سعيد مبارك ـ المرجـع السابق ـ ص ٥٧ـ٥٨/ محمد كامل مرسى ـ الحقوق العينية الاصلية ـ ج ١ ط ٢ المرجع السابق ص ٣٥٤ـ٣٥٥/٣٧٩ •
جميل الشرقاوي ـ المرجع السابق ـ ص ٧٦ •

فيسبب ضررا لجاره • وقد لا يخطىء المالك ولكن يتعسف في استعمال حقه كأن يبني جدارا عاليا يسنع الضوء والهواء عن جاره او يبني مدخنه تزعج الجار مما تخضع تصرفاته لنص الماده السابعه التي بينت صور التعسف في استعمال الحق • ان المالك قد لا يخطىء وقد لا يتعسف في استعمال حقه ومع ذلك يكون مسؤولا عن الاضرار التي تصيب الآخرين • ولهذا نصت المادة (١٠٥١) عن مضار الجوار غير المألوفه او الغلو في استعمال حق الملكية•

وبالرغم من ان الفقه والقضاء غربيا كان أم شرقيا اجمع على وجوب الامتناع عن الحاق الاذى بالجار،الا ان الخلاف ثار بين فقهاء فرنسا ومصر والعراق حول الاساس القانوني الذى تبنى عليه التزامات الجوار[١٠٢] • ومن الممكن حصر مختلف الاراء في هذا الشأن على النحو الآتي :ـ

الرأى الاول ـ ويرى اصحابه ان مسؤوليه الجار عن الغلو في استعمال حق الملكية تبنى على اساس تنظيم خاص لعلاقات الجوار التي تقوم على مبدأ التضامن الاجتماعي ويكون الاخلال بها اخلالا بالتزام قانوني تنهض معه المسؤوليه التقصيرية[١٠٣] •

(١٠٢) ليس لهذه الاراء المتباينه في اساس مسؤولية المالك عن مضار الجوار الفاحشة أهمية كبره في المجال العملى لوجود نص الماده (١٠٥١) من القانون المدني العراقى ونص المادة (٨٠٧) في القانون المدني المصري التي بينت التزامات الجوار . غير ان هذه الاهميه تبدو عند عدم نص كما هو الحال في فرنسا حيث ذهب الفقه فيها مذاهب شتى في تأصيل اساس المسؤولية .

انظر ـ محمدعلى عرفة ـ شرح القانون المدنى الجديد في حق الملكية ـ المرجع السابق ـ ص ٢٥٧/ أحمد سلامة ـ الملكيه الفردية في القانون المصري ـ المرجع السابق ـ ص ١١٢ هامش رقم ١/ نزيه محمد الصادق ـ المرجع السابق ـ ص ٦٧٤ وما بعدها/ جميل الشرقاوي ـ المرجع السابق ـ ص ٨٠ •

عبدالمنعم الصده ـ حق الملكية ـ المرجع السابق ـ ص ٩٠ـ٩١ •
عبود البلداوي ـ المرجع السابق ـ ص ٢٥٦ وما بعدها .

(١٠٣) البشير ـ الحقوق العينيه الاصلية ـ المرجع السابق ـ ص ٢٢
على الخفيف ـ الملكية في الشريعة الاسلامية ـ ج ١ المرجع السابق ـ

الرأى الثاني ــ ويذهب الى ان اساس مسؤولية الجار عن الغلو فــي استعمال حق الملكية هو نص القانون اذ تقـــوم المسؤولبة في القانون المدني المصرى استنادا الى نص المادة (٨٠٧) وتخضع نصرفات المالك المضرة بالجار ضررا غير مألوف لفواعد الخطأ اسمصيرى الموجب للمسؤولية • فلا يمكن ان تعتبر هذه الاضرار من تطبيقات نظريه النعسف في استعمال الحق التي حددت حالاتها على سبيل الحصر فضلا عما في نأسيس مضار الجوار الفاحشة على هذه النظرية من اضاءة لمعالمها واخفاء لحدودها[١٠٤] •

الرأى النالث ــ وبه نادى كنير من الففهاء • فقالوا ان مضار الجوار غير المألوفة او الغلو في استعمال حق الملكية ليست الا تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق وهي بذلك نخرج عن نطاق المسؤولية التقصيرية وفكــرة الخطــأ[١٠٥] •

ص ١٢٧ــ١٢٨/ شاكر ناصر ــ الموجز في الحقوق العينيه الاصلية ــ المرجع السابق ــ ص ١١٣/ الصده ــ المرجع السابق ــ ص ٩٢ •

(١٠٤) احمد سلامة ــ المرجع السابق ــ ص ١١٥ــ١١٦/ سعيد مبارك ــ المرجع السابق ــ ص ٥٤/ عبدالعزيز عامر ــ دروس في حق الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ٥١ــ٥٢/ محمد كامل مرسى ــ سرح القانون المدنى الجديد ــ الحقوق العينية الاصلية ــ جـ ١ المرجع السابق ــ ص ٣٧٦ هامش رقم ٢ •

(١٠٥) عيسى احمد عسوي ــ البحث السابق ــ ص ١٠٥/٤٥ •
حســن كيره ــ الحقوق العينية الاصلية ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٠ •
فتحى الدرينى ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠٧/ محمد على عرفــة ــ المرجع السابق ــ ص ٢٦٠/ حسين عامر ــ التعسف في اســتعمال الحق ــ المرجع السابق ــ ص ٢٩ ، ١٠٠ــ١٠٢ •
حامد مصطفى ــ الملكية العقارية في العراق ــ المرجع الســابق ــ ص ٦٨ــ٦٩ ، صلاح الناهي ــ حق الملكية في ذاته ــ المرجع السابق ــ ص ١٢٤ ، حسن ذنون ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦ــ٣٩ ، الســعيد مصطفى السعيد ــ في مدى استعمال حقوق الزوجية ــ المرجع السابق ص٣٦/ص٤٠ محمدعلي حنبوله ــ المرجعالسابق ــ ص ٦٥٠ــ٦٥١

الرأى الرابع ــ واليه يذهب بعض الفقهاء ، بقولهم ان اساس مسؤولية المالك عن الغلو في استعمال حق الملكية ليس الخطأ وانما مرجعــه النظرة الحديثة الى حق الملكية التي تقر بما له من وظيفة اجتماعية تمليها اعتبارات التضامن الاجتماعي وحقوق الجوار في المجتمع الاشتراكي[١٠٦] . فهو مسؤول ويتحمل تبعة نساطه ما دام يستفيد من استعماله ملكه استعمالا استثنائيا ، وبكون من العدل نحمل تبعة هذا الاستعمال لان الغرم بالغنم[١٠٧] .

ومع ان جميع هذه الاراء تهدف الى تنظيم الحقــوق والواجبات بين الجيران ومنع الغلو في استعمال حق الملكيه ، الا ان الرأى الذى ارجحه على غيره واراه اقرب الى الصواب ، هو الاتجاه الاخير . ذلــك لان الحقــوق اصبحت وسيلة لتحقيق غاية وليست غاية بحد ذاتها ، وانها اصبحت تتقيد باغراضها الاجتماعية لكونها اضحت نسبية من حيث مصدرها واستعمالها ، ومثقلة بالقيود التي تكفل تنظيم الملكية على نحو يحقق المصلحة العامة . واذا كان القانون برسم الحدود الماديه للحق فان استعماله يجب ان يتفق والغرض الذى نقرر من اجله ، والا فان من ننحرف عن هذا الغرض يكون متعسفا في استعمال حقه حتى لو لــم يجاوز الحدود المادية لحقه[١٠٨] .

يضاف الى ذلك ، انه اذا كانت التزامات الجوار من القيود القانونية التي نقررت على حق الملكية تقديرا للمصلحة الخاصة وهي مصلحة الجار ، اعمالا لمبدأ الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية الذى يمنع الغلو في اســتعمال حــق الملكية واوجبت مسؤولية الجار الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة تأكيدا للتعاون والتضامن بين الجيران ، فان في تقييد هذه الحقوق اقرارا بالصفــة المزدوجة لها .

---

(١٠٦) نزيه محمد ــ المرجع السابق ــ ص ٦٨٥.
مصطفى الجمال ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٤ .
(١٠٧) السنهوري ــ جـ ٨ حق الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ٧٠٧ .
(١٠٨) فاضل حبشى ــ المرجع السابق ــ ص ٢٠١-٢٠٢ .

كما ان في تقديم مصلحة الاجنبي على مصلحة المالك مع التعويض العادل تيسيرا لاداء الملكية وظيفتها الاجتماعية على خير وجه يقضي به التضامن الاجتماعي • وقد يصل تطبيق هذا المبدأ الى مدى يفرض على المالك احيانا واجب القيام بأعمال ايجابية لمصلحة الغير(١٠٩) • كما هو الحال في التزامات صاحب العلو والسفل وفي حق الاغلبية بادارة المال الشائع جبرا على الاقلية وغيرها من التطبيقات ، كما تقدمت الاشارة الى ذلك(١١٠) •

ب ــ موقف القضاء العراقي ــ ذهب القضاء المدني العراقي الى تأكيد نسبيه حقوق الملاك وعدم جواز الاضرار بالاخرين ضررا فاحشا • وقد اوضحت محكمة التمييز ذلك في عدد من قراراتها ، جاء فيها : ان المالك في ملكه مقيد بأن لا يضر بجاره ضررا فاحشا(١١١) • وان من حق الجار المتضرر ان يرجع بالتعويض على المالك المذكور(١١٢) • وان الاطلال على مقر النساء يجب ازالته بأيسر الطرق واسهلها(١١٣) وانه اذا فتح الجار شباكا في الحد المشترك بينه وبين جاره مسرفا على الجار فعليه سده سواء كان بناؤه قبل بناء الجار او بعده(١١٤) •

---

(١٠٩) السنهوري ــ جـ ٨ ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥٦ـ٥٥٧ •

(١١٠) انظر ص   من هذه الرسالة •

(١١١) النشرة القضائية ــ العدد الثاني السنة الاولى ١٩٧١ ــ رقم القرار ٢٥٦/ استئنافية /١٩٦٩ في ٢٥ـ٥ـ١٩٧٠ •

(١١٢) النشرة القضائية ــ العدد الرابع السنة الاولى ١٩٧١ رقم القرار ١٠٢٩/ حقوقية رابعة /١٩٧٠ في ١٣ـ١٠ـ١٩٧٠ ص ٧٨ •

(١١٣) النشرة القضائيه العدد الثاني السنة الثالثة ١٩٧٤ رقم القرار ١٣٨٦/ مدنية ثالثة عقار / ١٩٧١ في ٤ـ٦ـ١٩٧٢ •

(١١٤) النشرة القضائية ــ العدد الرابع السنة الثالثة ١٩٧٤ رقم القرار ٣٨٨/ مدنية ثالثة عقار / ٩٧٢ في ٢٥ ــ ١٠ ــ ١٩٧٢ وكذلك قرار رقم ٣٦٧/ مدنية عقار / ٩٧٢ والمؤرخ في ٢٤ـ١٠ـ١٩٧٢ ص ٦٦ •

ثانيا – تقييد سلطة المالك بالزامه بعدم التعسف في استعمال حقه .

ان فكرة (المضاره في اسعمال الحق)[115] او ما تسمى في التعبير القانوني بنظرية التعسف في استعمال الحق ، لها اصولها التاريخية التي تبلورت ورسخت بشكل واضح في القرن العشرين بفعل النظره الحديثة الى الحقوق التي قيدتها وجعلت الحق والواجب متلازمين وفرضت على كل حق واجبا . الا انني لن اتطرق الى هذه الاصول ولا الى الخلافات الفقهية التي ثارت بشأنها ، لان ما يهمني هنا ، هو بيان مفهومها وعرض صورها في القانون العراقي باعتبارها من القيود القانونية التي ترد على حق الملكية تقديرا لمصلحة خاصه اولى بالرعاية والاعتبار من مصلحه المالك ، التي لولا تقديمها لتضرر الجانب الاجتماعي في هذا الحق .

ولما كان حق الملكيه اوسع الحقوق العينيه الاصلية نطاقا فان مجال تطبيق نظريه التعسف في استعمال الحق يبدو اوضح واوسع في مجاله . فلقد تطور حق الملكية من حق مطلق ومقدس الى حق مزدوج يجمع بين الحقوق الذاتية والاجتماعية ويؤدي الى ما للملكية الخاصة من وظيفة اجتماعية . وقد استمد المشرع العراقي اصول نظرية التعسف من الفقه الاسلامي الذي

(115) يراد بالمضاره في استعمال الحقوق الاستعمال المذموم في الشريعة الاسلامية والتي تقابل نظريه اساءه استعمال الحق في الفقه الغربي ، حيث ورد تعبير المضارة في القرآن الكريم في مجال الايصاء بعدم جواز الاضرار بالورثة عن طريق الوصية .

انظر – محمد ابو زهرة – اساءة اسعمال الحق – بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث السنة ٥ ، ١٩٦١ ص ٨٢.

نفس المؤلف – التعسف في استعمال الحق – بحث منشور في اسبوع الفقه الاسلامي ومهرجان الامام ابن تيمية – مشار اليه ص ٢٧ فتحى الدرنى – المرجع السابق – ص ٢٧٢ .

موسوعة جمال‌عبدالناصر في الفقه الاسلامي – ج ١ يصدرها المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية – القاهرة ١٣٨١هـ ص ٨٣

سعيد الزهاوي – التعسف في استعمال حق الملكية – المرجع السابق ص ١٨٠ وما بعدها .

صاغها باسلوب يمضل احدث ما توصل اليه فقهاء القانون الوضعي ، مما حدا بالمشرع الى وضعها في الباب التمهيدي من القانون المدني واعتبارها من القواعد العامة التي تنطبق على سائر الحقوق • فنص في مادته السابعة على ما يأتي : (١ ــ من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان ٢ ــ ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية : أ ــ اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير • ب ــ اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهميه بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرره ج ــ اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحققها غير مشروعة) •

ان هذا النص قد يبدو في ظاهره اساس التعسف في استعمال الحق في القانون العراقي ، الا ان التعسف في حقيقة الامر يستقل بنظرية عامة ترتبط بالنظرة الاجتماعية والاقتصادية الى الحق والغرض منه وما آلت اليه الحقوق بوجه عام بفعل النزعة الاجتماعية التي تنفذ الى صميم النصوص القانونية فقيدت الحقوق واعتبرتها نسبية تحقيقا لوظيفتها الاجتماعية(١١٦) • كما ان التعسف في استعمال الحق يختلف عن مجاوزة الحدود الموضوعية للحق ، فالاول هو استعمال الحق الذي يكون في ذاته مشروعا ، بصورة غير

---

(١١٦) حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٦٢٨–٦٢٩ والمراجع التى يشير اليها أيضا .
وانظر خلاف هذا الاتجاه ممن يرى ان نظريه التعسف في استعمال الحق تقوم على الخطأ المولد للمسؤوليه التقصيريه :ــ السنهوري ــ جـ ٨ ــ حق الملكيه ــ المرجع السابق ــ ص ١٩٤٧ ، (٩٥٥–٩٤٧) / زهدي يكن ــ المرجع السابق ــ ص ٩٦٥. محمد ابو زهره ــ اساءة استعمال الحق ــ البحث السابق ــ ص ٨٢–٨٣ .
كما ذهب بعض الكتاب الى القول بأن مسؤولية المالك عن التعسف في استعمال الحق لا يخضع لفكرة الخطأ التقصيري وانما هو (خطأ اجتماعي ينشىء مسؤولية من نوع خاص ولها جزاء من طبيعة خاصة يتناسب مع درجة التعسف وجسامة الاضرار التي تصيب المجتمع منه) بشرى جندي ــ حتمية التطور الاشتراكي في مبادىء القانون المدني (بحث منشور) في مجلة ادارة قضايا الحكومة عدد ٣ السنة ١١ ، ١٩٦٧ ص ٧٣٨ .

مشروعة[117] • اما الثاني فان الفعل يكون في اصله غير مشـروع ويمتنع القيام به مطلقا[118] • كمن يزرع في ارض الغير بدون وجه حق •

ان الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير مسروع قد تناولتهـا المادة السابعة من القانون المدني بالتجديد واعتبرت ان من يستعمل حقه على نحو يدخل تحت نطاق احداها متعسفا في استعمال حقه ويخضع للاثار التي تترتب عليها ، ومنها الجزاء القانوني • وهي حالات لا تخرج عمـا قررته مبادىء السربعة الاسلامية التي رتبت اثارا جزائية دنيوية واخروية على اساءة استعمال الحق[119] •

الصورة الاولى ــ قصد الاضرار بالغير

يعتبر المالك متعسفا في استعمال حقه اذا استعمله بنية احداث الضرر للغير • فتتضرر مسؤوليته عن هذه الاضرار حتى لو اقترنت هذه النية او القصد بفكرة جلبالمنفعة عرضا ، سواء تحققت هذه المنفعة ام لم تتحقق[120] • ومثال ذلك ان يتخذ المالك من ملكه وسيلة للاضرار بجاره حين يقوم ببنـاء سياج مرتفع لداره يحجب الضوء والمناظر والهواء عن جاره بقصد الأضرار بـه • اما عبء اثبات الضرر فيقع على المضرور طبقا للقواعـد العامـة في

---

(117) احمد فهمي ابو سنه ــ نظريه العسف في استعمال الحق في الففـه الاسلامي ــ البحث السابق ــ ص ١٠٥ .

(118) محمدعلي حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٦٣٠ .

(119) تفصيل هذه الاثار الجزائية في الفقه الاسلامى انظر :
عبدالمقصود سلتوت ــ نظرية العسف في اسعمال الحق ــ البحـث السابق ــ ص ١٩٧ وما بعدها .

(120) السنهوري ــ الوسيط في سرح الفانون المدني ــ ج ١ ــ المرجـع السابق ــ ص ٩٥٧/ نفس المؤلف ــ ج ٨ حق الملكية ــ المرجـع السابق ــ ص ٦٨٩/ التسيخ عيسى احمد عيسوي ــ البحت السابق ــ ص ٩١/ حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٦٣١/ احمد فهمى ابو سنه ــ البحث السابق ــ ص ١١٢
الصـده ــ حق الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ٨٧/ محمـد كمـال عبدالعزيز ــ الوجيز في نظربة الحق ــ مكنبة وهبة بدون سنة نشـر ص ٢٦٠ .

الانبات[١٢١] • وغالبا ما يعتمد القضاء في استخلاصه على انعدام مصلحة الحق من استعمال حقه كقرينة على سوء القصد[١٢٢] •

الصورة الثانية ـ عدم التوازن بين مصلحة المالك والاضرار التي تصيب الغير،

اذا كانت المصلحة التي تعود على المالك لا تتناسب مع الضرر الذى يصيب الغير فانه يعد متعسفا في استعمال حقه[١٢٣] • والمالك هنا اما ان يكون عابثا مستهترا لا يهمه الضرر البليغ الذى يلحق بالناس لقاء منفعة ضئيلة يحققها لنفسه ، واما انه يضمر نية الاضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية او مصلحة محدودة الاهمية يتظاهر بأنه يسعى اليها[١٢٤] •

ويلاحظ ، ان المعيار هنا مادى يستند الى واقعة مادية هي الاخلال بالتوازن بين المصالح ، وهو كثيرا ما يعتبر قرينة على توافر قصد الاضرار بالغير[١٢٥] • ومن تطبيقات هذا المعيار في الفقه الاسلامي ، من يحتكر ما يحتاج اليه الناس في اوقات الغلاء او القحط بقصد الحصول على اثمان مرتفعة[١٢٦] • فالمحتكر هنا يعد متعسفا في استعمال حقه مما يتطلب تقييد

---

(١٢١) السنهوري ـ ج ١ ـ المرجع السابق ـ ص ٩٥٧ •

(١٢٢) حسن كيره ـ الحقوق العينية الاصلية ـ المرجع السابق ـ ص ٣١٣ • محمد وحيدالدين سوار ـ الحقوق العينية الاصلية ـ المرجع السابق ـ ص ١٤٥ •

(١٢٣) عيسى احمد عيسوي ـ البحث السابق ـ ص ٩٨/ السنهوري ـ ج ١ ـ المرجع السابق ـ ص ٩٥٨/ احمد فهمى ابو سنة ـ البحث السابق ـ ص ١١٢/ الدرينى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦٤/ محمد كمال عبدالعزيز ـ المرجع السابق ص ٢٦١ •
عبدالمقصود سلنوت ـ البحث السابق ـ ص ١٩٥/ الصده ـ حق الملكية ـ المرجع السابق ـ ص ٨٧ •

(١٢٤) السنهوري ـ ج ٨ ـ حق الملكية ـ المرجع السابق ـ ص ٦٩٠ـ٦٩١•

(١٢٥) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصري ـ ج ١ مطبعة دار الكتاب العربي ـ بدون سنة نشر ـ ص ٢١٠/ حنبوله ـ المرجع السابق ـ ص ٦٣٦ـ٦٣٧/ حسن كيرة ـ المرجع السابق ـ ص٣١٥/ محمد وحيدالدين سوار ـ المرجع السابق ص ١٤٦ •

(١٢٦) احمد فهمى ابو سنه ـ البحث السابق ـ ص ١١٢ •

هذا الحق تحقيقا للمصلحة العامة • ومن هذه التطبيقات ، مغالات التجـار في رفع الاسعار[127] • اذ اجاز الاسلام التسعير الجبري ضمانا لحقوق الجماعة كما تقدم[128] •

اما عن تطبيقات هذه الصورة في القانون المدني العراقي فمن ابرزهـا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٠٩٢) بقولها (ومع ذلك ليس لمالك الحائط ان يهدمه مختارا دون عذر قوى ان كان هذا يضر بالجار الذى يستتر ملكه بالحائط)[129] • وذلك لان المالك الذى يهدم الحائط دون سبب مبرر يعد متعسفا في استعمال الحق اذا كان هذا يضر بالجار بصـورة لا تتناسب مع مصلحة المالك[130] •

كما نصت المادة (١٢٨٤) مدني عراقي على ان (لصاحب العقار المرتفق بـه ان يتحرر من الارتفاق كله او بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق او لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الاعباء الواقعة عـلى العقار المرتفق به)[131] • وذلك لان المصلحة هنا لا تتناسب مع الضرر الذى يعتبر صاحب العقار المرتفق متعسفا في استعمال حقه اذا اصر على ابقاء حـق الارتفاق على نحو غير مشروع •

ولقد ورد في قرار لمحكمة التمييز بشأن هذا المعيار قولها : (••• اما ما ورد في اجازة نصب المضخة من جواز اعادة نصبها فهذا النص لا يعطي لصاحب الصحيح حق قلعها واهلاك الزرع دون ان يمكن اصحاب الزرع من تهيئة ما يقتضي لتنفيذ ما طلب منهم اذ ان في ذلك تعسفا لاستعمال الحق وهو جائز نظرا للمادة ٧/ب مدني •••)[132] •

---

(١٢٨) انظر ص ٢١٨ من هذه الرسالة .
(١٢٨) انظر ص ٢٤٩ من هذه الرسالة .
(١٢٩) تقابلها الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ مدني مصري .
(١٣٠) محمدعلي حنبوله ــ المرجع السابق ــ ص ٦٣٧ .
(١٣١) يقابلها نص المادة ١٠٢٩ مدني مصري .
(١٣٢) النشرة القضائية ــ العدد الرابع السنة الثانية ١٩٧٣ رقـم القرار ٥٣/ هيئة عامة/ ٩٧١ في ٢٣ــ١٠ــ١٩٧١ ص ٦٦ــ٧٠ .

الصورة الثالثة ـ مخالفة المصلحة التي يقصد المالك تحقيقها لهدف الحق الاجتماعي .

نصت الفقرة جـ من الماده السابعة على حالة ثالثة لتعسف المالك في استعمال حقه واعتبرت معيار (المصلحة غير المشروعة) اساسا لهذا التعسف الذي يرتب مسؤولية المالك على سوء الاستعمال . ولقد اقتفى المشرع العراقي أثر القانون المدني المصرى الذى فضل هذا المعيار على معيارين آخرين شائعين في نطاق الفقه هما : معيار الغرض غير المشروع او معيار الهدف الاجتماعي[١٣٣] .

انني لن اتطرق الى بحث المبررات التي اقتضت الاخذ بمعيار المصلحة غير المشروعة وتفضيله على معيار الغرض غير المشروع[١٣٤] ، وانما سأقف عند رأى الاستاذ السنهورى رئيس لجنة مشروع القانون المدني العراقي وعدم ايراده معيار الهدف الاجتماعي ضمن صور التعسف في استعمال الحق .

ذهب المغفور له الاستاذ السنهورى الى القول : (وعيب هذا المعيار وبالرغم من كونه موضوعيا ، وهو صعوبة تحديد الهدف الاجتماعي لكل حق من الحقوق ، ثم خطر هذا التحديد . اما صعوبة التحديد فلأنه ليس من اليسر ان يرسم لكل حق هدف اجتماعي او اقتصادى يكون منضبطا الى الحد الذى يؤمن معه التحكم وتبقى به تشعب الاراء . واما خطر التحديد فلأن الهدف الاجتماعي هو الباب الذى ينفتح على مصراعيه لتدخل منه الاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة ، مما يجعل استعمال الحق خاضعا لوجهات من النظر متشعبة متباينة ، وفي هذا من الخطر ما فيه . اما

---

(١٣٣) السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ جـ ١ المرجع السابق ـ ص ٩٦٠ .

(١٣٤) راجع في هذه المبررات الاستاذ السنهوري ـ المرجع السابق ـ ص ٩٦٠ .

معيار المصلحة غير المشروعة فهو أبعد عن التحكم ، وادنى الى الاعتبارات القانونية المألوفة)[١٣٥] .

ولكنني ارى ضرورة وضع معيار للتعسف عام وشامل تغلب فيه الناحية الاجتماعية ويرتبط استعمال الافراد لحقوقهم بهذا الهدف . وخير معيار موضوعي لذلك في نظرى هو معيار الهدف الاجتماعي . وهو معيار ليس شاذا ولا خطرا لسهولة تحديده . ذلك لانه من الضرورى ان يكون لكل حق هدف اجتماعي واقتصادى يضعه النظام السياسي في زمان ومكان معينين بما يتفق مع واقع التطورات ذاتها . ولان ربط القانون بالاهداف الاجتماعية يجعل منه مطعما بمباديء وافكار تتطور مع هذه الاهداف وتساير الواقع وبالتالي لا يمكن للنصوص القانونية ان تقف بلا حراك .

انني ارى ضرورة تطعيم النصوص القانونية بعبارات عامة مجردة تحفظ للمجتمع حقوقه كالنظام العام وحسن النية والوظيفة الاجتماعية والهدف الاجتماعي وغيرها . فهي تمثل مباديء وضوابط مرنة في استعمال الحقوق بصورة مشروعة[١٣٦] . اضافة الى انها تشبع النظام القانوني بالأنجاهات الاجتماعية والاقتصادية لانها افكار تتطور بسرعة خلال التاريخ كلما تعاقبت الشعوب والمدنيات ، ويتيسر تغير مضمونها اثناء تطبيقها ، وتعد بمثابة اعضاء التنفس في القانون الوضعي او الاوعية التي يدخل من طريقها الهواء المشبع بأوكسجين الحياة الحديثة المتطورة الى نطاق القانون[١٣٧] .

ان ربط القانون بمعيار الهدف الاجتماعي ممكن وميسور ذلك لان حقيقة القاعدة القانونية في النظام الاجتماعي المراد دراسته تبين تماما مدى موضوعية الهدف الاجتماعي ذاته . لان تقرير الهدف الاجتماعي في نظام اشتراكي سينعكس حتما في احكام هذه القاعدة بحيث لا يمكن تصور حدود

---

(١٣٥) المرجع السابق – ص ٩٦١ .
(١٣٦) انظر ص ١٠٦ من هذه الرسالة .
(١٣٧) عبدالحي حجازي – البحث السابق – ص ٢٧٩ .

هذا الهدف في نظام اشتراكي بغير ارتكاز هذا الهدف الى معيـار موضوعي والعكس صحيح بالنسبة للنظام الليبرالي ٠

ولعل الاستاذ السنهورى قد خنى من معيار الهدف الاجتماعي انطلاقا من طبيعة النظام الذى يدرسه ومن حقيقة القاعدة القانونية في ذلك النظام ، لذلك وفي ضوء ما سبق يمكن القول بصحة الركون الى هذا المعيار او بعدم صحته ، من خلال النظام الاقتصادى المراد دراسته ٠

وبسبب ما تقدم ، اقترح حذف الصورة الثالثة المنصوص عليهـا في الفقرة (جـ) من المادة السابعة من القانون المدني العراقي التي اوردت معيار المصلحة غير المسروعة ، لاحلال معيار الهدف الاجتماعي محله للاسباب التي اوضحتها ، ولان الاخلال بالهدف الاجتماعي لحـق الملكيـة يعـد اخلالا بالوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة ٠ والنص الذى يمكن ايراده في هذا المجال هو ما اقترحه (وليام مورى جراهام) احد اعضاء لجنـة مشـروع القانون المدني المصرى ، ومضمونه : (يعد مسؤولا كل من تجاوز حـدود الغرض الاجتماعي الذى من اجله تقرر الحق)[١٣٨] ٠

وعلى ذلك ، يعتبر المالك مخالفا الغرض الاجتماعي الذى مـن اجلـه تقرر الحق اذا ما وضع اعمدة مرتفعة حول ارضه بقصد مضايقـة شركة طيران وحملها على شراء ارضه بثمن مرتفع[١٣٩] ٠ وكذلك يعـد متعسفا في استعمال حقه من يحتكر المواد الضرورية بقصد بيعها بثمن مرتفع لمخالفته الغاية الاجتماعية من الحق ٠

لقد حان الوقت لان تتأثر احكام المحاكم بأراء الفقه الحديث ، فتصدر القرارات القضائية فيما يتعلق بالاستملاك الجبرى او التزامـات الجـوار والقيود القانونية والارادية الاخرى ، على اساس مبدأ الوظيفة الاجتماعيـة والنظام العام والغرض الاجتماعي وغيرها ٠ مما يعد سببا كافيا لفرض هذه

---

(١٣٨) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ــ جـ ١ المرجـع السابق ــ هامش ص ٢٠٧ ــ ٢٠٨ ٠

(١٣٩) حسن كيره ــ المرجع السابق ــ ص ٣١٧ ــ ٣١٨ ٠

القيود والالتزامات على الحقوق ، ويعتبر دليلا على مسايرة القضاء العراقي لواقع التطورات والافكار الاجتماعية الجديدة •

صفوة القول ، ان الحقوق لم تعد تمارس لغرض ذاتي ولا لاشباع انانية فردية كما نادى بذلك فقهاء الرومان وقلة من فقهاء الشريعة الاسلامية وكثير من مفكري الثورة الفرنسيه ، وانما هي تتحدد في ممارستها بالغرض الاجتماعي والوظيفة الاجتماعية المقررة لها والتي تتحقق سواء كان تقييدها لمصلحة عامة او لمصلحة خاصة كما ذكرت •

المطلب الثاني

القيود الارادية المانعة من التصرف(١٤٠)

يرد هذا النوع من القيود في العقود الخاصة بالعقارات والمنقولات ايضا • الا انه يشترط لصحته في الحالة الاولى ، تسجيله في دائرة التسجيل

(١٤٠) يذهب بعض الشراح الى تسميه القيود الارادية المانعة من التصرف بالقيود الاتفاقية . حسن الذنون ـ المرجع السابق ـ ص ٦٠/ البشير ـ المرجع السابق ـ ص ٤٩ •
عبدالعزيز عامر ـ دروس في حق الملكية ـ المرجع السابق ـ ص ٨٦/
زهدي يكن ـ شرح مفصل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة ـ المرجع السابق ـ ص ٢٦٥ •
علي علي سليمان ـ المرجع السابق ـ ص ٣٦٩/ محمد كامل مرسى ـ الحقوق العينية الاصلية ـ المرجع السابق ـ ص ٥٠٨ •
البلداوي ـ المرجع السابق ـ ص ٢٨٨ •
الا اننا نفضل التسمية الاولى التي يذهب اليها بعض الفقهاء والشراح ما دام بامكان الارادة ان تلتقي بارادة اخرى فتكون عقدا ينشىء على اثره قيدا اتفاقيا على تصرف قانوني معين تتوفر فيه الشروط اللازمة لذلك ، وما دامت بامكانها ايضا ان تكون لوحدها قيدا على حق التصرف كالوصية . وانظر في ذلك الاستاذ السنهوري ـ جـ ٨ حق الملكية ـ المرجع السابق ـ ص ٥٠١ / حسن كيره ـ المرجع السابق ـ ص ٢٨٣ هامش رقم ١/ جميل الشرقاوي ـ المرجع السابق ـ ص ٤٩ وما بعدها .

كي ينتج اثره القانوني • وهو في كل من الحالين يرد بفعل ارادة المالك المنفردة في تقييد حق تصرفه القانوني في ملكه • ولما كان حق التصرف من اهم عناصر حق الملكية[١٤١] ، ولان المنع من التصرف يرد على حرية تداول الاموال التي تتعلق بالنظام العام لما لها من آثار في الحياة الاقتصادية ، فان القانون والقضاء الفرنسي لم يجيزا في بادىء الامر شرط المنع من التصرف الا بعد فترة ولدواع جدية وابتغاء حماية مصالح مشروعة يكون الشرط فيها مؤقتا وفي حالات وردت في القانون حصرا[١٤٢] •

وقد سايرهما القضاء المصرى في عهد التقنين المدني السابق حتى استقر الامر في مصر على جواز مثل هذا الشرط ، مما حدا بالمشرع المصرى الى صياغته في المواد ٨٢٣ و ٨٢٤ من التقنين المدني الجديد[١٤٣] •

اذا ، فالشرط المانع من التصرف يرد في تصرف قانوني كالعقد او الوصية ويقضي بمنع المتصرف اليه من التصرف في المال[١٤٤] • فهو منع ارادي بحت[١٤٥] • ومثاله ان يشترط المشترط على المتصرف اليه عدم التصرف في

---

(١٤١) الناهي – الموجز في الحقوق العينيه الاصليه – المرجع السابق – ص ١٠٠ .

(١٤٢) علي علي سليمان – المرجع السابق – ص ٧٤–٧٥/ محمدعلي عرفة – المرجع السابق – ص ٣٥٦ /الناهى – المرجع السابق – ص ١٠٠–١٠١ / شاكر ناصر – المرجع السابق – ص ١٣٤–١٣٥/ عبدالعزيز عامر – المرجع السابق – ص ٨٨–٨٩/ محمد كامل مرسى – المرجع السابق – ص ١٣٨/ حسن كيره – المرجع السابق – ص ٢٨٥ .

(١٤٣) السنهوري – ج ٨ حق الملكية المرجع السابق – ص ٥٠٧ .
مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – ج ٦ – المرجع السابق – ص ٧٦ .

(١٤٤) السنهوري – المرجع السابق – ص ٥٠٧/ الصده – المرجع السابق – ص ١٧١/ عبدالعزيز عامر – المرجع السابق – ص ٨٦ .
محمد وحيدالدين سوار – المرجع السابق – ص ١٦٧ .
شاكر ناصر حيدر – المرجع السابق – ص ١٣٤ .

(١٤٥) حسن كيره – المرجع السابق – ص ٢٨٧ .

المال الموهوب طوال حياته ، او يسترط الموصى في الوصية على الموصى لـه مثل هذا الشرط[146] .

موقف الفقه والقضاء العراقي من شرط عدم التصرف

اعرض المسرع المدني العراقي عن الاخذ بحكم المادتين المصريتين ٨٢٣ و ٨٢٤ الامر الذى سبب اشكالا لدى كثير من الفقهاء والشراح في العراق فتنشعبت آراؤهم . ولعل ابرزها ما يلي :ـ

الرأى الاول ـ يرى بعض السراح ان هذا الاعراض لا يمكن تفسيره الا على اساس عدم رغبة المشرع العراقي في تقرير الاحكام الواردة في المادتين السابقتين . وانه نرك الامر في ذلك الى القواعد العامة التي تنص عليها المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي . لان الاصل ان شرط المنع مـن التصرف مخالف للنظام العام لتجريده الملكية من ابرز عناصرها ولمخالفته مبدأ حريـة تداول الاموال . وهو غير جائز الا في الحالات التي جاء بهـا القانون او الشرع كالوقف ، حتى في هذه الحالة لابد ان يكون الشـرط مبنيـا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة[147] .

الرأى الثاني ـ يذهب الى القول بأنه لا مناص مـن تطبيق احكـام القواعد العامة . وهي تقضي بان كل شرط غير ممنوع بالقانون ولا يخالف النظام العام او الآداب العامة شرط صحيح يجب احترامه ، وعليه فان شرط المنع من التصرف متى كان مؤقتا وكانت للمشترط مصلحة جدية مـن وراء اشتراطه هذا يعتبر شرطا صحيحا يجب العمل به)[148] .

---

(١٤٦) شاكر ناصر ـ المرجع السابق ـ ص ١٣٤ .

(١٤٧) شاكر ناصر حيدر ـ المرجع السابق ـ ص ١٣٩ .
عبود البلداوي ـ المرجع السابق ـ ص ٢٩٥ .

(١٤٨) حسن الذنون ـ المرجع السابق ـ ص ٦٢ بند ٥٨ .
تنص المادة ٥٧ من القانون المدنى العراقي على انه : « يصح ان يـرد العقد على اي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون أو مخالفـا للنظام العام أو للاداب » .

الرأى الثالث ــ ويرى انه ، لا يمكن تفسير اغفال النص المصرى المذكور عندما نقل المسرع العراقي احكامه عن مسروع القانون المدني المصرى الا بالرغبة عن الاخذ بحكمه في هذا الموضوع ولا يمكن القول بمضمونه استنادا الى مبدأ حرية التعاقد المقررة في القانون المدني العراقي ، فان هذا المبدأ مقرر في القانون المدني المصرى نفسه وبالرغم من ذلك فانه لم يغن عن النص على شرط عدم جواز التصرف كشرط استثنائي مقيد بغاياته ، كما ان حرية التعاقد يعارضها من جهة اخرى ولاية المالك على مايملكه واعتبار هذه الولاية سلطة واجبة الحرمة على الناس كافة وغير خاضعة الا لما يتقرر بالنص من القيود(١٤٩) .

أنني ارى ان الرأى الاخير هو الاقرب الى الصواب . ذلك لان القيود ترد على حق تصرف المالك في ملكه لابد من النص عليها صراحة . ولذلك فأنني اقترح اضافة نص المادتين المصريتين (٨٢٣ و ٨٢٤) الى القانون المدني العراقي حسما للخلافات الفقهية اولا ومنعا لتباين احكام القضاء العراقي ثانيا(١٥٠) .

أخلص من ذلك الى القول : ان من اهم الشروط اللازمة لصحة الشرط المانع من التصرف الذى يرد في تصرف قانوني لتنظيم أسس الملكية الخاصة، هو ان يكون مبنيا على باعث مشروع وان يكون مقصورا على مدة معقولة

(١٤٩) صلاح‌الدين الناهي ــ المرجع السابق ــ ص ١٠٥ .

(١٥٠) ذهبت محكمه التمييز في قرار لها (رقم ٢٢٠/ص/٥٤ في٢٨ــ٧ــ٩٥٤)
الى وجوب عدم الاعتداد بالشرط الذي يمنع المشتري في نصب مكائن الطباعة في العقار المبيع ، بداعي ان هذا الشرط ينافي حق المالك في التصرف بملكه وهو مخالف للنظام العام) . في حين ذهبت بقرار آخر (٢٤٥/ص/٥٨ في ١٣ــ٢ــ١٩٥٨) الى وجوب عدم الاخذ بالشرط الذي يمنع المشتري من بيع السيارة المبيعة الى الغير قبل تسديدكامل الثمن ، لمخالفته مقتضى العقد) .
شاكر ناصر ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٩ــ١٤٠ .

يقدرها القاضي[151] • فان كان المنع مؤبدا او ان الشرط لا يقوم على باعث مشروع يحقق مصلحة جدية مشروعة للمشترط او المتصرف اليه او الغير فان الشرط يكون باطلا[152] •

وعليه ، فان الملكية وسيلة لتحقيق التعاون والتساند بين افراد المجتمع وليست وسيلة لاشاعة النزاع والتفرقة • ولذلك فانها تخضع لعديد من القيود القانونية التي تفرض لغرض تحقيق النفع العام او لمصلحة خاصة اولى بالرعاية من مصلحة المالك كما انها تخضع لقيود ارادية يشترطها المالك فتتقيد بها حقه في التصرف لمدة معينة او غير معينة يترك للقاضي تقديرها •

---

(١٥١) السنهوري ــ ج ٨ حق الملكية ــ المرجع السابق ــ ص ٥٠٩ • الصده ــ المرجع السابق ــ ص ١٧٤ ــ ١٧٦/ البشير ــ المرجع السابق ــ ص ٥١ •

(١٥٢) السنهوري ــ المرجع السابق ــ ص ٥١٢ ــ ٥١٣ / شاكر ناصر ــ المرجع السابق ــ ص ١٣٦/ مجموعة الاعمال التحضيرية ــ ج ٦ المرجع السابق ــ ص ٧٦ــ٧٧ •

الخاتمة

استعرضت في هذه الرسالة ما هو كائن من العلاقات القانونية والاجتماعيه والاقتصادية ، فبينت القصور التشريعي في كثير من القوانين العراقية النافذة وعدم مسايرتها لما جد في مجتمعنا من تحولات اشتراكية لاسيما في دائرة الحقوق العينية الاصلية من القانون المدني العراقي وعلى رأسها حق الملكية الذى اصطبغ بنزعة فردية تكاد تكون مطلقة بحيث لا تتماشى مع سياسة الثورة ، والتي كانت انعكاسا للواقع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي السبه الاقطاعي الرأسمالي . لهذا كان لزاما عليّ ان اوضح ما يجب ان تكون عليه من العلاقات الاجتماعية والاقتصادية التي تحكمها النصوص القانونية ، وما يجب ان تكون عليه النصوص التي ينبغي ان تلبي حاجات المجتمع الاشتراكي الديمقراطي الموحد الذى يهدف الى تحقيقه حزب البعث العربي الاشتراكي في مسيرة الوطن العربي . وقد توصلت من خلال دراستي للمضمون الاجتماعي لحق الملكية الى كثير من النتائج ادون اهمها على النحو الآتي :ـ

أولا ــ لكي يتعين فهم الجماعات البدائية ينبغي التمييز بين وسائل الانتاج والاشياء الشخصية . فوسائل الانتاج ، وعلى الاخص الارض ، كانت تحاز حيازة جماعية لكل عنيرة وذلك منذ عصر الالتقاط وهو العصر الاول للانسانية . وقد استمر الوضع كذلك في عصر الصيد وفي عصر الزراعة البدائية وفي عصر الرعي ، ولم تعرف الملكية الخاصة للارض الا في عصر الزراعة الراقية التي استخدم فيها المحراث . الا ان الملكية الخاصة للماشية سبقت في الظهور الملكية الخاصة للارض ، فقبائل الرعي عرفت الملكيةالخاصة للماشيه دون الملكية الخاصة للارض كما هو الحال عند بني اسرائيل وعرب الجاهلية . كما بين لي ان الادوات السخصية الضرورية كانت تمتلك ملكية شخصيه وان كان السلاح والطعام يمتلك احيانا ملكية جماعية عند بعض القبائل وفي اوقات الازمات .

ثانيا ــ تبين انه بالرغم من صفة الاطلاق والتقديس التي اتصفت بهــا الملكية الفردية في العصر الروماني ، وبالرغم من تعدد صور الملكية ، الا ان هذا الحق خضع لقيود اوجبتها المصلحة العامة ، وان هذه القيود التي فرضت في بعض العهود الرومانية لم تقتصر على العقارات وانما امتدت الى المنقول ايضا مما جعل سلطات المالك تتقيد باداء الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية •

ثالثا ــ وفيما يتعلق بالملكية في العصر الحديث ، وجــدت ان النظــم الاشتراكية تلجأ الى تأميم وسائل الانتاج الرئيسة مع تفاوت في التطبيق من بلد الى آخر ، وان بعضها يبقي على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج في حدود ضيقة كما هو الحال بالنسبة للصناعات الحرفية والصغيرة ، الا ان الملكية الشخصية للادوات والملابس والضروريات الاخرى التي يحتاج اليها المواطن تظل معترفا بها حتى في النظم الاشتراكية • وانه اذا كانت الملكية الخاصــة لوسائل الانتاج فيها جانبان احدهما اجتماعي والآخر فردى فــان الجانب الاجتماعي يعد رأس الرمح في الولوج الى حصون القطاع الخاص وتجنيده من اجل تنفيذ الخطة الاقتصادية والتحولات الاشتراكية •

رابعا ــ اقترح صياغة نصوص القانون المدني العراقي على نحو يعطي بعدا قوميا يسهم في تحقيق الوحدة العربية الثورية من خلال تحقيق الوحدة القانونية ، بحيث يكون القانون المدني العراقي نواة للقانون المدني العربي الموحد • كما ارى ضرورة وضع التفرقة التالية بين أنواع الملكية في القانون المدنــي :

أ ــ الملكية الشخصية : وتشمل ملكية الافــراد للمدخــرات والمنقــولات الشخصية الضرورية ودار السكن والمداخيل الاخرى وهذه تعد مــن حقوق الفرد الاساسية في المجتمع ، لا يطلب من المالك الا الامتناع عن الاضرار بالاخرين في استعمالها •

ب ــ الملكية الخاصة : لوسائل الانتاج التي يجب ان تتقيد باداء مالها من

وظيفة اجتماعية • فتقيد سلطات المالك بقيود قانونية وارادية ضمانا للحق الاجتماعي •

جـ ــ الملكية الاشتراكية : وهي ملكية الدولة والاشكال الاخرى للملكية مثل الملكية التعاونية وملكية النقابات والمنظمات الاجتماعية الاخرى •

خامسا ــ ان الحقوق ترتبط بالاهداف العامة للمجتمع الديمقراطي الاشتراكي الموحد وبالخطط وبالغايات الاجتماعية القومية • ولهذا فان الملكية وظبفة اجتماعية تمارس تحقيقا للتضامن الاجتماعي والخير العام •

سادسا ــ لما كان المسرع المدني العراقي قد نقل حرفيا نص المادة (١٠٤٨) ، والتي تعرف حق الملكية نعربفا بصطبغ بالصبغة الفردية من المادة ١١ من مرشد الحيران لقدرى باشا المتأثر بالفقه الحنفي ذى النزعة الفردية ، وتجاهل في تعريفه ما ينبغي ان تمارسه الملكية من وظيفة اجتماعية ، فاني اقترح الغاء النص المذكور واحلال النعريف الاتي بديلا عنه :

(لمالك السيء ، في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، على ان بكون دلك متفقا مع الوظيفة الاجتماعية للملكية) •

ان هذا النعربف يتماشى وما جاءت به ورقة عمل اصلاح النظام القانوني من مبادىء تسريعية جديدة تسبعت بالنزعة الاجتماعية التي تساير خط السورة والتي تربط الملكية بالغاية الاجتماعية والاقتصادية •

سابعا ــ وفيما يتعلق بالاراضي الزراعية ، اعتقد ان الاتجاه الذي يحقق الغاية الاجتماعية والاقتصادية من الحقوق هو وضع الفيود القانونية على حق الملكية في الملك النام وتقريبه من حق التصرف في الارض الاميرية ، باعتبار ان الوظيفة الاجتماعية للارض الزراعية تستوجب استثمارها لاغراض الزراعة دون غيرها ، اما عند انتفاء كونها زراعية بفعل اسباب لا دخل لارادة صاحبها في وقوعها فانها تصبح ملكا للدولة على ان يعوض صاحبها عنها ، هذا فضلا عن ضرورة النص على سحب الارض الزراعية من كل من يعطل أو يترك زراعة الارض بدون عذر مشروع أو يخالف خطط التنمية ،

لان ذلك يعد اخلالا باداء الواجبات المفروضة على مالك الارض مما يستوجب اعادة النظر في امر ملكيته على غرار فواعد انحلال الاراضي الاميرية[1] .

نامنا ــ ارى ضرورة النص على منع نغبير صفة الملكية الخاصة لوسائل الانتاج لغير الغرض المقرر لها قانونا[2] . ومن باب اولى منع اتلافها، مع تعين العقوبة التي يجب انزالها بالمخالف .

ناسعا ــ اعتقد ان الاسلوب الصحيح لزياده الانتاج هو اعطاء الافضلية للزارع الفعلي مما يقتضي وضع كثير من الحوافز المادية والمعنوية له وللقادة الزراعين . ومما يتعلق بدلك ضرورة رفع مستوى الحياة الاجتماعية والافتصاديه في الريف والقضاء او التقليص في الاقل من التباين بينه وبين المدينة .

عاشرا ــ لما كان فانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ ينطوى على كثير من مواطن الضعف والمأخذ التي تلاحظ عليه بفعل التطورات الاجتماعية والافتصادية والسياسية التي جدت في العراق والتي احدثت تباينا بين النصوص القانونية وما تخطط له الدولة للعملية الانتاجية المقبلة[3] ، اقترح رفع الاستثناء الوارد في فانون الاصلاح الزراعي المذكور من الاصل العام الوارد في المادة الثانية في مجال تحديد الملكية الزراعية لعدم وجود التبرير المنطقي لهذا الاستثناء خاصة وان البساتين ينبغي ان يقتصر الانتفاع بها على الفلاحين الذين يمتهنون الزراعة فعلا ولان ترسيخ اسس

---

(١) انظر الاهداف العامة للتشريعات المدنية من ورقة عمل اصلاح النظام القانونى في العراق .

(٢) انظر الاهداف المشار اليها .

(٣) نص التقرير السياسى للمؤتمر القطري الثامن للحزب ما يلي : (١ ــ توسيع القطاع الاستراكي في الزراعه (أي مزارع الدولة. المزارع الجماعية . التعاونيات) وتطويره بالشكل الذي يصبح فيه القطاع السائد والقائد ، والسعى خلال المرحله المقبلة الى تقليل الاشكال الفردية في الانتاج الزراعى بما يضمن زياده الانتاج وتحقيق الرفاهية في حياة الفلاحين وتسريع وتيرة التحولات الاستراكية) المرجع السابق ــ ص ٢٣٠ .

الزراعة الاشتراكية في العراق لا يمكن ان يقوم على ملكية الغائب عن ارضه او ناركها • فالارض لمن يخدمها ولا يجوز فسح المجال للملاك في استغلال جهود الفلاحين البسطاء وتوسيع ملكياتهم الكبيرة من البساتين بحجة حماية الثروة الوطنية • كما ارى ضرورة الغاء التفاوت الكبير في النسب بين تحديد الحد الافصى للملكية الزراعية وتحـــديد الحد الاقصى في توزيع الارض على الفلاحين الذى ورد في قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ ما دام هذا التفاوت ينعكس على مستوى المعيشة ولا يحقق العدالة الاجتماعية •

حادي عشر ـ اقترح الغاء اسلوب ايجار الاراضي الزراعية وضرورة اعتماد مبدأ الارض لمن يفلحها الذى يعد خير وسيلة للانتاج الوفير • لان بقـاء هذه العلاقة بين صاحب الملكية الخاصة والعامـل الزراعـي يجعـل الطرف الناني تحت تأثير الطرف الاول بالضرورة •

ناني عشر ـ ارى ضرورة تطعيم نصوص القانون المدني بعبارات عامـة مرنه مجردة تحفظ للمجتمع حقوقه ، وتحمي خطط التنمية القومية ، كالنظام العام وحسن النيه والوظيفة الاجتماعية والهدف الاجتماعي وغيرها • وقد اشرت الى الاسباب الموجبة لهذا الافتراح في الفصل الناني من الباب التاني من هذه الرسالة ، خاصة وان تلك الافكار تتطور بسرعة ويتغير مضمونهـا اثناء تطبيقها ، ما دامت تعد بمثابة اعضـاء التنفس في القانون الوضعي او الاوعيه التي يدخل من طريقها الهواء المشبع باوكسجين الحيـاة الحديثـة المتطورة الى نطاق القانون •

ولذلك ، ينبغي حذف الصورة النالثة المنصوص عليها في الفقرة (جـ) من المادة السابعه من الفانون المدني العراقي التي اوردت معيار المصلحة غير المسروعة ، لاحلال معيار الهدف الاجتماعي محله للاسباب التي اوضحتها ، ولان الاخلال بالهدف الاجتماعي لحق الملكية يعد اخلالا بالوظيفة الاجتماعية، والنص الذى يمكن ايراده بديلا عن الفقرة المذكورة هو : (يعد مسؤولا كل من تجاوز حدود الغرض الاجتماعي الذى من اجله تقرر الحق) •

ثالث عشر ــ ارى ضرورة وضع معيار للتعسف في اسنعمال الحــق بشكل عام وشامل تغلب فيه الناحية الاجتماعية ويرتبط استعمال الافـراد لحقوقهم بهذه الناحية ، خلافا لما ذهب اليه الاستاذ السنهوري • وخير معيار موضوعي لذلك في رأيي هو معيار الهدف الاجتماعي • فهو ليس معيارا شاذا ولا خطرا كما يقال ، فضلا عن سهولة تحديده • ذلك لان الضرورة تقتضي ان يكون لكل حق هدف اجتماعي واقتصادي يضعه النظـام السياسي في زمان ومكان معينين بما يتفق وواقع التطورات الملحة بالمجتمع • ولان ربط القانون بالاهداف الاجتماعية وبالخطة يطعمه بمبادىء وافكار تتطور مـع هذه الاهداف وتساير الواقع وتحول دون جمود نصوص القانون •

رابع عشر ــ ارى ضرورة الغاء حق النفعة من القانون المدني العراقي بصورة نهائية ، للاسباب التالية :ــ

أ ــ لانها من الحقوق الضعيفة في الشريعة الاسلامية والتي اختلف فيهـا فقهاء المسلمين اختلافا كبيرا ، وقد جاء هذا الاختلاف واضحا في كتاب اعلام الموقعين للامام ابن القيم الجوزيه[٤] •

ب ــ ان النفعة تؤدى الى توسع الملكيات العقاريـة ، الامـر الذى يناقض سياسة الحزب الاقتصادية كما جـاء في الدستور الذى اقره المؤتمـر القومي الاول للحزب المنعقد في نيسان من عام ١٩٤٧ •

جـ ــ ان بعض القوانين المدنية العربية لم تأخذ بها كالقانون المـدني السـوري •

خامس عشر ــ اقترح اعادة النظر في استثمار اموال الاوقاف بما يخدم التحولات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وفي استخدامها لحل المشكلات التي يعانيها المجتمع (كبناء العمارات السكنية لذوي الدخول الواطئـة وتمليكها لهم ببدلات شهرية) ، اي ربط هذه الاموال بخطة التنمية القومية •

---

(٤) اعلام الموقعين ــ لشمس الدين ابي عبدالله محمد بن ابى بكر المعروف بأبن القيم الجوزية ــ القاهرة ، بدون سنة نشـر (جـ ٢) ص ٢٤٧ وما بليها •

سادس عشر ــ اقترح ضرورة النص في القانون المدني المزمع تشريعه على عدم جواز تملك الاموال العامة عن طريق الاستيلاء ، لان ذلك لا يتفق والسياسة الاقتصادية والاجتماعية التي يرسي أسسها النظام الاشتراكي • كما ارى ان تكون مصادر الطاقة كمصادر المياه واعمال الرى وغيرها ملكا للدولة • لما لتلك المصادر من اهمية حيوية في حياة المواطنين ، فضلا عن ان هذا الاقتراح ورد في الاهداف العامة للتشريعات المدنية من ورقة عمل اصلاح النظام القانوني في العراق •

سابع عشر ــ لما كان التقادم الطويل المكسب للملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها (الحيازة) ، يخالف صراحة خطط الدوله في السياسة الزراعية وهي تنفذها من خلال قوانين الاصلاح الزراعي ونظام التعاونيات ومزارع الدولة ، فانه يتحتم على المشرع العراقي الغاء هذه الطريقة من طرق اسباب كسب الملكية بين الاحياء لانه يقف عقبة امام الدولة في رسم خططها الاقتصادية وتنفيذها • وهو ما اكدت عليه ورقة عمل اصلاح النظام القانوني في الفصل الثاني المخصص للتشريعات المدنية •

ثامن عشر ــ أرى ضرورة حظر نشوء الملكية الخاصة عن طريق الالتصاق لانه كسب للملكية لا ينتج عن عمل ، الامر الذى لا يجوز الاعتراف به قانونا[٥] ، خاصة وان نمط البناء الاجتماعي والاقتصادى والسياسي في العراق في الوقت الحاضر يتسم بالطابع الاشتراكي الديمقراطية الذى لا يقر تضخم الملكيات •

تاسع عشر ــ اقترح رفع نص المادتين ١٢١٦ و ١٢١٧ من القانون المدني العراقي وحظر كسب حق التصرف ما بين الاحياء عن طريق حق الرجحان ، بالنسبة للاراضي الاميرية ، لان هذا الحق يخالف صراحة الاهداف العامة الجديدة التي نفذت الى صميم كثير من التشريعات المدنية •

---

(٥) من انصار هذا الاتجاه ــ الاستاذ الدكتور ثروت الاسيوطى ــ فلسفة القانون في ضوء التاريخ الاقتصادي والاجتماعى ــ الكتاب الثانى ــ بغداد ١٩٧٥ ص ٣٠٨ .

عسرون ــ اما بالنسبة للقطاع التجاري ، فــأرى ان تحقيق الوظيفــة الاجتماعية للملكية بصورة صحيحة ، وضمان المصلحة الاجتماعية ، لايمكن ان يتحققا الا بسيطرة الدولة الكاملة على جميع نساطات القطاع التجاري (التجارة الخارجية والنجارة الداخليه)[٦] • لان هذا هــو السبيل الوحيد لبيع المواد الضروريه وغيرها بأسعار معقوله نتناسب مــع المستوى المعاشي للغالبية العظمى من المواطنين •

واحد وعنرون ــ اعتقد ان الوفت قد حان لانزال الضربة القاصمــة بالملاك العقاريين وذلك بتسريع فانون تؤمم بمقتضاه جميع الدور والشقق المؤجرة التي تزيد عن دار سكن واحدة تكفي للمالك وعائلته ، بعد التثبت من جميع الامور المتعلقة بذلك وتنظيم موضوع التأميم للدور والسقق والمباني بما يحقق مصلحة الغالبية العظمــى من المواطنين بعــد ان مارس المــلاك والرأسماليون ابشع صور الاستغلال • يؤيدني في ذلك ما نصت عليه المادة ٣٣ من دستور حزب البعث العربي الاستراكي الذى اقره المؤتمر القومي الاول عام ١٩٤٧ والتي نصت على ان : (ملكيه العقار المبنية مباحة للمواطنين جميعا على الا يحق لهم ايجارها واستثمارها على حساب الآخرين ، وان تضمن الدولة حدا ادنى من الملك العقارى للمواطنين جميعا)[٧] • كمــا نصت المادة ٢٨ من الدستور نفسه بسأن منع استثمار جهود الاخرين على ما يلي : (المواطنون جميعا متساوون بالقيمة الانسانية ولذا فالحزب يمنع استثمار جهد الآخرين)[٨] • كما ان هذا الاقتراح ضرورة تاريخية تمليها الحاجــــة لحماية الطبقات المسحوقة •

اثنان وعسرون ــ لما كان قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ قانونا استمد المسرع العراقي احكامه من قانون حمايه حق المؤلف المصرى

(٦) انظر ما نص عليه التقرير السياسى للمؤتمر القطرى الثامن بتســـأن المهمات المركزيه للمرحله المقبله بتأن التجاره الخارجيه والتجــــارة الداخلية ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٠ ، وانظر ايضا ما جاء به ميثاق العمل الوطنى بسأن قطاع التجارة ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢٤ــ٣٢٥ •

(٧) حول سياسه التحول الاشتراكى للحزب ــ المرجع السابق ــ ص ٦ •

(٨) المرجع ذاته ــ ص ٥ •

لسنة ١٩٥٧ الذى تأثر في احكامه بالقوانين الفرنسية ذات الصبغة الفردية ، فأنني ارى ان على المسرع العراقي اعادة صياغة احكامه بما يساير التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يمر بها قطرنا ، بغية التأكيد على المصلحة العامة واقرار غلبتها على المصالح الذاتية في نطاق هذا النوع من انواع الملكيه • ومن قبيل ذلك ، ان يكون من حق الدولة التدخل في الحالات الضروريه التي تقتضي فيها المصلحة العامة الافادة من العمل الابداعي وذلك من طريق شراء حق المؤلف وتولي نسره بين اوسع الجماهير بسعر متهاود ، على ان يناط ذلك بمجلس الوزراء ضمانا لحقوق المبتكر •

ثلاثة وعسرون — لما كان النشاط الفني السينمائي ، يعد في الوقت الحاضر من الوسائل الاعلامية الثقافية والتوجيهية الهامة في المجتمع ، ونظرا لخطورة السينما ومكانتها في تربية النشء الجديد ولضرورة الحفاظ على القيم والاخلاق الاشتراكية في المجتمع ، وبغية المساهمة في بناء المجتمع الاشتراكي الديمقراطي الموحد ، فان على الدولة واجب تأميم النشاط الفني السينمائي وابعاد القطاع الخاص من ملكيه وادارة هذا النشاط ، كما ينبغي على الدولة تأميم دور العرض السينمائية والمسارح التابعة للقطاع الخاص تحقيقا لسياسة الحزب الاجتماعية والاقتصادية التي وردت في دستور عام ١٩٤٧ ، وتأكيدا لاهميه هذا القطاع وارتباطه الجدلي بالتحولات الوطنية والديمقراطية والاشتراكية التي نص عليها التقرير السياسي[٩] •

اربعه وعسرون — ارى ان المسرع العراقي لم يكن موفقا في صياغة نص المادة ١٠٦٩ من القانون المدني الذى جاء فيه : (اذا أنهدمت العين الشائعة كليا ، واراد بعض السركاء عمارتها وابى الآخرون فلا يجبر الآبي على العمارة) • اذ يفهم من هذا النص ان أية عمارة من قبل الشركاء لهذه العين تعد من اعمال الادارة غير المعتادة والتي تستوجب السروط التي نصت

(٩) انظر ما يتعلق بالتحولات الاجتماعية والثقافيه بالنسبة للمرحلة المقبلة التى نص عليها التقرير السياسى للحزب — المرجع السابق — ص٢٣٦ وما بعدها / وانظر ايضا ما جاء به ميثاق العمل الوطني بالنسبة لقطاع الثقافة والفنون والاعلام — المرجع السابق — ص٣٢٩ وما بعدها .

عليها المادة ١٠٦٥ • والحال ان الوظيفة الاجتماعية والطبيعة المزدوجة للحقوق وكذلك مبدأ النضامن الاجتماعي توجب عدم ترك العين الشائعة دون عمارة سواء انهدمت كليا ام جزئيا • لكل ذلك اعتقد ضرورة صياغة نص المادة (١٠٦٩) من القانون المدني العراقي على النحو الاتي : (اذا انهدمت العين الشائعة كليا ، واراد بعض الشركاء عمارتها وابى الاخرون فيجبر الابي على العمارة ، بعد أذن المحكمة ، ويتم الرجوع بالنفقات المعتادة) • ويمكن ان نقيس هذه الحالة على ما جاء في نص المادة (١٠٨٨) من القانون المدني العراقي التي تتكلم على انهدام الحائط المشترك •

خمسة وعشرون — اغفل المسرع العراقي النص على نفقات الصيانة للاجزاء المستركة خلافا لما فعل المسرع المدني المصرى الذى نص عليها في المادة (٨٥٨) ، مما انار نقاشا بين الفقهاء في العراق • ونظرا لوجود هذا القصور التشريعي في قانوننا المدني ، وضرورة تلافيه لا سيما بعد تزايد هذا النوع من انواع الملكيه السائعه وبغية ضم جميع الاحكام اللازمة لتنظيم ملكية السفل والعلو على نحو يتحقق بها ما للملكية الخاصة من وظيفة اجتماعية ، اقترح النص الاتي سدا للنغرة النشريعية اولا وغلقا لباب الاجتهاد وتباين الاراء نانيا :— (تكون نفقات حفظ الاجزاء المسنركة في ملكية الطبقات ، وصيانتها وادارتها وتجديدها على كل مالك فيها ، وبكون نصيبه من هذه النفقات بنسبة فيمة الجزء الذى له في الدار ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) •

ستة وعسرون — لم يأخذ المسرع المدني العراقي بحكم المادتين ٨٢٣ و ٨٢٤ من الفانون المدني المصرى اللتين تكلمتا على القيود الارادية المانعة من التصرف ، مكتفيا بالفواعد العامة التي تتعلق بافتران السروط في العقود• وفد سبب هذا الاغفال اشكالا في وسط الفقه العرافي ، كما أدى الى تباين الفرارات القضائيه ، ولذلك اقترح اضافة ما ورد في المادتين المصربتين المنار اليهما ، الى التقنين المدني العراقي حسما للخلافات الفقهية اولا ومنعا لتباين احكام القضاء العراقي نانيا •

مصادر البحث

اولا ـ الكتب العربية :

١ ـ الفرآن الكريم .

٢ ـ ابن الاسر ـ النهايه في غرب الحدبث والاىر ـ ج ١ . تحفيق طاهر احمد الزاوى ومحمود محمد الطناسى (الفاهرة دار الاحياء الكىب العربية ـ ١٩٦٣ .

٣ ـ النهاىة في غرب الحديث والاىر (ج ٣) . الفاهره ، المطبعة العتمانية ١٣١١هـ .

٤ ـ ابن حزم ، ابو محمدعلى بن احمد بن سعيد .. الظاهري . المحلى . تحفيق احمد محمد ساكر . بروت ، المكتب التجاري ، بدون تارىخ . (ج ٨ ، ١٠) .

٥ ـ ابن الدبيع السيبانى ، عبدالرحمن بن على . تيسر الاصول الىجامع الاصول . الفاهره ، مطبعه البابى الحلبي ، ١٩٣٤ . (ج ٣) .

٦ ـ ابن رسد ، معدمات ابن رشد ـ ج (١ ـ ٢) بغداد مكىبة المثنى مطبعة حجاري ، ١٣٣٣ هـ . (ج١)

٧ ـ ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد .. الفرطبى . بداىة المجىهد ونهاىه المفىصر . الفاهره ، مطبعة احمد كامل ، مطبعة حجاري ، ج ١ . ١٣٣٣هـ .

٨ ـ ابن سلام ، الفاسم الهروي الاردي الخزاعي ابو عبيد ، الاموال ، الفاهرة ، مطبعة حجازي ، ١٣٥٣ هـ .

٩ ـ ابن فرحون ، برهانالدىن أبو الوفاء ابراهيم بن شمسالدىن ابى عبدالله . ىبصره الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام . الفاهرة، المطبعه البهيه ، ١٣٠٢هـ . (ج ٢) .

١٠ ـ ابن ماجة ، ابو عبدالله محمد بن ىزيد العزوينى . سنن الحافظ ابن ماجة . الفاهره ، مطبعة البابي الحلبي ، ١٩٥٣ . (ج ٢) .

١١ ـ ابن ملك ، عزالدىن عبداللطيف . سرح منار الانوار في اصول الففه . اسىانبول ، المطبعة العثمانية ، ١٣١٤هـ .

١٢ ـ ابن ىىمىه بن العباس ، منهاج السنة النبوىة ـ تحفيق الدكتور محمد رساد سالم ـ ج ١ (بدون سنة نسر) .

١٣ ــ ابن منظور ، جمال‌الدين محمد بن مكرم .. الافريقي المصري ١٣١١هـ.
لسان العرب . بيروب ، دار بروت ، (مجلد ١ ، ١٩٥٥ ــ
مجلد ٢ ، ١٩٥٥ ــ مجلد ٤ ، ١٩٥٥ ــ مجلد ١١ ، ١٩٥٦ ــ
مجلد ١٢ ، ١٩٥٦ ــ مجلد ١٤ ، ١٩٥٦) .

١٤ ــ ابن نجيم . البحر الرائق في شرح كنز الدقائق . الفاهره ، مطبعة البابي
الحلبي ، بدون تاريخ . (جـ ٤) .

١٥ ــ ابن الهمام ، كمال‌الدين محمد بن عبدالواحد . سـرح فـح العدير .
القاهرة، المطبعة الاميرية ببولاق ، ١٣١٦هـ . (جـ ٣ ،٤، ٥).
بالاوفست ، بغداد مكتبة المثنى .

١٦ ــ ابن عابدين ، محمد امين . حاسية ابن عابدين . الفاهره ، المطبعـة
الميمنية ، ١٣٠٧هـ . (جـ ٥) .

١٧ ــ ابو حنيفة ، النعمان بن بابت . الفتاوي الخيرية لنفع البرية ، ط ٢ .
القاهرة ، المطبعة الكبرى الميربة ببولاق ، ١٣٠٠هـ . (جـ٢).

١٨ ــ ابو النداء ، اسماعيل بن كثير الفرشى الدمشـقـي . تفسـير الفـرآن
العظيم . بيروت ، دار الاندلس ، ١٩٦٦ . (جـ ١ ، ٢ ،
٣ ، ٦) .

١٩ ــ ابو الفضل الموصلى ، عبدالله بن محمود بن‌مودود .. الحنفى. الاخيار
لتعليل المختار ، ط ٢ . القاهرة ، مطبعة البابي الحلبى ،
١٩٥١ . (جـ ٣) .

٢٠ ــ ابو يعلى ، محمد بن الحسين بن محمد الفراء الحنبلى . الاحكـام
السلطانية ، ط ١ ، صححه وعلق عليه محمد حامد الففى .
القاهرة ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، ١٩٣٨ .

٢١ ــ ابو يوسف ، يعقوب بن ابراهيم . الخراج ، ط ٢ . الماهرة ، المطبعة
السلفية ، ١٣٥٢ هـ .

٢٢ ــ أبو يوسف ، يعقوب بن ابراهيم . الخراج ، ط ٣ . القاهرة ، المطبعة
السلفية ، ١٣٨٢ هـ .

٢٣ ــ أحمد جامع . المذاهب الاشتراكية . الفاهرة ، المطبعة العالمية ،
١٩٦٧ .

٢٤ ــ أحمد سلامة . الملكية الفردية في القانون المصري ط ١ . الفـاهرة ،
دار النهضة العربية ، ١٩٧٠ .

٢٥ ــ أحمد شلبي . المجتمع الاسلامى ، ط ٢ ، الفاهره ، مكبة النهضة
المصربة ، ١٩٦٣ .

٢٦ ــ أحمد ابراهيم بك . كناب المعاملات الشرعبة المالىة ــ الفـاهرة ــ
مطبعة النصر ــ ١٩٣٦ .

٢٧ ـ أحمد محمد غنيم . تطور الملكية الفردية . القاهرة الدار القومية للطباعة والنشر ، بدون تاريخ .
٢٨ ـ الاسيوطى ، ثروت أنيس . فلسفة القانون في ضوء التاريخ الاقتصادي والاجتماعي . بغداد ، ١٩٧٥ . (جـ ١) .
٢٩ ـ الاسيوطي ، مبادىء القانون . القاهرة ، مطبعة القاهرة ، ١٩٧٤ . (جـ٢ ، الحق) .
٣٠ ـ الاسيوطى ، نظام الاسرة بين الاقتصاد والدين . القاهرة ، دار النهضة العربيـة ، ١٩٦٦ .
٣١ ـ الاقتصاد السياسي للاشتراكية ، ترجمة خيري الضامن . موسكو . دار التقدم ، ١٩٧٢ .
٣٢ ـ الانقروي ، محمد بن الحسين . الفتاوي الانقروية . القاهره ، مطبعة بولاق ، ١١٨١هـ . (جـ ١) .
٣٣ ـ البشير ، محمد طه . الحقوق العينية الاصلية . بغـداد ، مكتب بغداد ، ١٩٧٥ . (بالرونيو) .
٣٤ ـ بدران ابو العينين بدران . الشريعة الاسلامية ، ١٩٧٢ .
٣٥ ـ بدران ابو العينين بدران الاسكندرية ، ١٩٧٣ .
٣٦ ـ البكري ، عبدالباقي . المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية. النجف ، مطبعة الاداب ، ١٩٧٢ . (جـ ١ ، في نظريـة القاعده القانونية والقاعده الشرعية) .
٣٧ ـ البكرى ، مذكره في شروط انشاء العقد وعيوبه في الفقه الاسلامي . بغداد ١٩٧٢ ـ ١٩٧٣ . (بالرونو ، محاضرات القيت على طلبة الماجستير في القانون ـ قسم القانون الخـاص في كليـة القانون والسياسة ـ جامعة بغداد ، للعام الدراسى ١٩٧٢ ـ ١٩٧٣) .
٣٨ ـ البكري ، نظرية القانون ، بغـداد ١٩٦٨ (جـ ١) .
٣٩ ـ البلداوي ، عبود عبداللطيف . دراسة في الحقوق العينية الاصلية . بغداد ، مطبعة المعارف ، ١٩٧٥ (جـ ١) .
٤٠ ـ البهوتى ، منصور بن يونس بن ادريس . الروض المربع في شرح زاد المستنقع . القاهره ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٩٥٥ . (جـ ٢) .
٤١ ـ البهى ، محمد . الفكر الاسلامي والمجتمع المعاصر . صيدا ، منشورات المكتبة العصريه ، ١٩٦٧ .
٤٢ ـ الجمال ، مصطفى . نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن . بيروت، المكتب الشرقى للنشر والتوزيع ، بدون تاريخ . (جـ ١ ، حق الملكية) .

٤٣ ـ الحافظ ، صفاء . القطاع العام وآفاق التطور الاشتراكي في العراق. بيروت ، دار الفارابي ، ١٩٧١ .
٤٤ ـ حامد مصطفى . القانون المدني العراقي . بغداد ، ١٩٥٣ . (ج ١، الملكية وأسبابها) .
٤٥ ـ الملكيه العقاريه في العراق . القاهرة ، معهد الدراسات العربيه العاليه ، ١٩٦٤ . (ج ١ ، الحقوق العينيه الاصلية) .
٤٦ ـ النظام القانوني للمؤسسات العامه والتأميم في القانون العراقي ١٩٦٥.
٤٧ ـ الحدادي ، أبو بكر بن محمد . الجوهرة النيره لمختصر القدوري ، ط ١ . القاهره ، المطبعه الخيريه ، ١٣٢٢هـ . (ج ١).
٤٨ ـ حسن خالد . الاسلام والتكافل المادي في المجتمع . بيروت ، دار الصياد ، بدون تاريخ .
٤٩ ـ حسن كيره . اصول القانون المدني . الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٦٥ . (ج ١ ، الحقوق العينيه الاصليه ـ احكام حق الملكية) .
٥٠ ـ حسين عامر . التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود ، ط ١. القاهره ، مطبعه مصر ، ١٩٦٠ .
٥١ ـ الحفناوي ، عبدالمجيد محمد . تاريخ النظم الاجتماعيه والقانونيه . ١٩٧٣ .
٥٢ ـ الحكيم ، محسن . مستمسك العروه الوثقى ، ط ٢ . النجف ، مطبعة النجف ، ١٩٦١ . (ج ٩) .
٥٣ ـ الحكيم ، محمد تقي . الاصول العامة للفقه المقارن ، الكتاب الاول ، ط ١ . بيروت ، دار الاندلس ، ١٩٦٣ .
٥٤ ـ الحلي ، جمال‌الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر ، تذكرة الفقهاء ، طهران ـ المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية ١٣٨٨هـ مجلد ٢ .
(٥٥) ـ الحلي ، المحقق ، شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري ـ بيروت ـ دار مكتبة الحياه ـ بدون تاريخ المجلد الثاني .
٥٦ ـ الخضري ، محمد . اصول الفقه ، ط ٤ . مطبعة السعادة ، ١٩٦٢.
٥٧ ـ الخطيب ، احمد علي . الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الاسلامي والقانون المقارن . القاهرة ، مطبعة دار التأليف، ١٩٦٤ . (رسالة مقدمة لجامعة القاهره لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الاسلامية) .

٥٨ ــ الوقف والوصايا ، ط ١ . بغداد ، مطبعة المعــارف ، ١٩٦٨ .

٥٩ ــ الخفيف ، علي . الملكية في الشريعة الاسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية . القاهرة ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٦٩ .

٦٠ ــ الخياط ، عبدالعزيز . المجتمع المتكافل في الاسلام ، ط ١ . عمان، مكتبة الاقصى ، ١٩٧٢ .

٦١ ــ الجزيري ، عبدالرحمن . الفقه على المذاهب الاربعة ، قسم المعاملات، القاهرة ــ مطبعة الارشاد ١٩٣٥ (جـ ٣) .

٦٢ ــ دافيد ، رينيه وجون هازارد . الحقوق السوفييتية ، ط ١ ترجمة عبدالوهاب الازرق ومحسن العباس ، ومراجعة الدكتور محمد الفاضل . دمشق ، منشورات المجلس الاعلى لرعاية الفنون والاداب والعلوم الاجتماعية ، ١٩٦٩ .

٦٣ ــ الداهري ، عبدالوهاب مطر . اقتصاديات الاصلاح الزراعي ، ط ١. بغداد ، مطبعة العاني ، ١٩٧٠ .

٦٤ ــ الدردير ، ابو البركات احمد بن محمد بن احمد . الشرح الصــغير على أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك . القاهرة ، دار المعارف بمصر ، ١٩٧٢ . (جـ ٢) .

٦٥ ــ الدريني ، فتحي . الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظريـــة التعسف في استعمال الحق ، ط ١ . دمشق ، مطبعـــة جامعة دمشق ، ١٩٦٧ . (رسالة مقدمة لجامعة الازهــر لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الاسلامية) .

٦٦ ــ الدليمي ، عبدالسلام . الشفعة في الشريعة الاسلامية . بغداد ، ١٩٧٠ . (بالرونيو ، رسالة مقدمة الى كليــة الاداب ــ جامعة بغداد لنيل درجة الماجستير في الشريعة الاسلامية).

٦٧ ــ الدواليبي ، محمد معروف . المدخل الى علم اصول الفقه ، ط ٥. بيروت ، دار العلم للملايين ، ١٩٦٥ .

٦٨ ــ الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها ، ط ٢ . دمشق، مطبعة الجامعة السورية ، ١٩٥٨ .

٦٩ ــ الذنون ، حسن علي . شرح القانون المدني العراقي . بغداد ، شركة الرابطة للطبع والنشر ، ١٩٥٤ . (جـ ٣ ، الحقوق العينية الاصليـــة) .

٧٠ ـ رشدي محمد عرسان عليان . العمل عند الشيعة الامامية ، ط ١ . بغداد ، مطبعه دار السلام ، ١٩٧٣ . (اطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الاسلامية من جامعة الازهر) .

٧١ ـ الرملي ، شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة بن شهاب . نهاية المحتاج الى شرح المنهاج . القاهرة ، مطبعة البابي الحلبي ، ١٩٣٨ . (جـ ٥) .

٧٢ ـ زاغور ، دونيكوف ن . واخرون . نبذ موجزه عن قانون العمل والقانونين المدني والجنائي في البلدان الاستراكية . تأليف: دونيكوف ن . زاغور ، سمولیار تشوك ، ويورفيكوف . موسكو ، دار التقدم ، بدون تاريخ .

٧٣ ـ الزبيدي ، محب الدين ابو الفيض محمد مرتضى الحسيني الواسطي . . تاج العروس من جواهر القاموس ـ بيروت ـ دار مكتبة الحياه ـ مجلد/٧ بدون تاريخ .

٧٤ ـ زكريا أحمد نصر . تطور النظام الاقتصادي . القاهرة ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٦٤ .

٧٥ ـ زكي الدين سعبان . اصول الفقه الاسلامي . القاهرة . مطبعة دار التأليف ، ١٩٦٥ .

٧٦ ـ الزهاوي ، سعيد أمجد . التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون . القاهرة ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، ١٩٧٤ ١٩٧٥ . (اطروحه لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق من جامعة القاهره) .

٧٧ ـ زهدي يكن . شرح مفصل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة ، ط ٢ . بيروت ، ١٩٥٩ . (جـ ١) .

٧٨ ـ في الشفعة . بيروت ، دار النهار ، ١٩٧٤ .

٧٩ ـ ، الملكية والحقوق العينية الاصلية علما وعملا ، ط ٢ . بيروت ، ١٩٦٢ .

٨٠ ـ الزمخشري ، جارالله محمود بن عمر . الكشاف . بيروت ، دار الكتاب العربي ، بدون تاريخ (جـ ٣ ، ٤) .

٨١ ـ الزيلعي ، فخرالدين عثمان بن علي . تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق ، ط ١ . القاهرة ، المطبعة الاميرية . (جـ ٣ ١٣١٣هـ ـ جـ ٤ ، ١٣١٤هـ) .

٨٢ ـ السباعي ، مصطفى . اسراكية الاسلام ، ط ٢ . القاهرة ، الدار القومية للطباعة والنشر ، ١٩٦٠ .

٨٣ ــ السجستاني ، أبو داود سليمان بن الاسعث بن اسحق الازدي ..
سنن ابي داود ، ط ١ ، تعليق احمد سعيد على . الفاهرة،
مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، 1952 (جـ ١ ، ٢) .
٨٤ ــ السرخسي ، الامام سمس الدين .. المبسوط . مطبعه السعادة ــ
حـ ١٥ بدون تاريخ .
٨٥ ــ سهيل حسين الفتلاوي ، حفوف المؤلف الادبية ووسائل حمايتها ــ
(رسالة مقدمة لعمادة كليه الفانون والسياسة بجامعة
بغداد لنيل درجة الماجستير في الفانون) . كانون الثاني
١٩٧٦ .
٨٦ ــ سعدون حمادي . نحو اصلاح زراعى استراكى ، ط ١ . بروت ،
دار الطليعة ، ١٩٦٤ .
٨٧ ــ السعيد ، صادق مهدي . العمل والضمان الاجتماعى في الاسلام .
بغداد ، مطبعة المعارف ١٩٧٠ ــ ١٩٧١ .
٨٨ ــ سعيد عبدالكريم مبارك ــ سرح الفانون المدنى العراقى ــ الحقوق
العينية الاصلية ، ط ١ . بغداد ، مطبعة الحكومة ، ١٩٧٣ .
٨٩ ــ السعيد ، مصطفى السعيد . في مدى اسعمال حموق الزوجيه .
الفاهرة ، ١٩٣٦ . (رساله مفدمه لجامعة الفاهره لنيل
درجة الدكموراه في السريعه الاسلامية) .
٩٠ ــ سلمان بيات . الفضاء المدنى العراقى . بغداد ، سركة الطبع والنشر
الاهلية ، ١٩٦٢ . (جـ ٢) .
٩١ ــ سليمان مرقس . محاضرات في فلسفة الفانون . بغداد ، مكتب
الجامعة ، ١٩٦٩ (بالرونيو) .
٩٢ ــ السيوطي ، جلال الدين عبدالرحمن بن ابي بكر . الاسباه والنظائر
في الفروع ، الفاهرة ، مطبعة مصطفى محمد ــ ١٩٣٦ .
٩٣ ــ سمير عبدالسيد تناغو . النظرية العامه للفانون . الاسكندرية ،
منشأة المعارف ، ١٩٧٤ .
٩٤ ــ السنهوري ، عبدالرزاق . مصادر الحق في الفقه الاسلامى . الفاهرة،
دار المعارف ، ١٩٦٧ . (جـ ٢) .
٩٥ ــ ، الوسيط في سرح الفانون المدنى . الفاهره ، دار النهضة
العربية . (جـ ١ ، مصادر الالتزام ، ط ٢ ، ١٩٦٤ ــ
جـ ٨ ، حق الملكية ، ١٩٦٧ ــ جـ ٩ ، أسباب كسب
الملكية ، ١٩٦٨) .

٩٦ ـ سيد قطب . في ظلال القرآن . بيروت . دار احياء التراث العربى ، ١٩٦٧ . (مجلد ١ ، جـ ١ ، ٢ ، ٣ ط ٥) .
٩٧ ـ سيد قطب . العداله الاجتماعية في الاسلام ـ الفاهرة ـ مطبعة عيسى البابي الحلبي ، ١٩٥٤ . ط ٤ .
٩٨ ـ الشافعى ، محمد بن ادريس . الام . الفاهره ، مكتبة الكليات الازهرية ، ١٩٦٦ . (جـ ٥ ط ١) .
٩٩ ـ شاكر ناصر حيدر . الموجز في الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، مطبعة أسعد ، ١٩٧١ .
١٠٠ـ سقير ، لبيب . تاريخ الفكر الاقتصادي ، دار نهضة مصر ـ بدون تاريخ .
١٠١ـ سالاي ، فيلسيان . تاريخ الملكية . بروت ، منشورات عدبدات ، ١٩٧٣ .
١٠٢ـ الشربنلالى ، حسن بن عمار بن على . مراقى الفلاح في سرح متن نور الايضاح، صححه وعلق عليه محمود عبدالوهاب . الفاهرة. مطبعة محمدعلى صبيح واولاده . بدون تاريخ .
١٠٣ـ الشرفاوي ، جميل . الحموق العمنيه الاصلية . الكتاب الاول ، حق الملكية . الفاهره ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ .
١٠٤ـ ، دروس في اصول الفانون ، المدخل لدراسة الفانون . الفاهره ، دار النهضه العربيه ١٩٧١ .
١٠٥ـ ، الكتاب التاني ـ نظرية الحق . الفاهرة ، ١٩٦٦ .
١٠٦ـ التسوكانى ، محمد بن علي بن محمد . نيل الاوطار في سرح منتقى الاخبار من احادث سيد الاخيار . الفاهره ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، ١٩٥٢ . (جـ ٥ ط ٢ ـ جـ٦).
١٠٧ـ التسهيد الثانى ، زين‌الدين الجبعي العاملى . الروضة البهية في سرح اللمعة الدمشقية ، النجف ، مطبعة الاداب ، ١٩٦٧ . (جـ ٣ ط ١ ـ جـ ٧ ، ١٩٦٨) .
١٠٨ـ الصابونى ، عبدالرحمن . اصول الفقه الاسلامى وطرق استنباط الاحكام ، ط ٢ . حلب. مدرية الكتب الجامعيه ، ١٩٦٧.
١٠٩ـ صبيح مسكوني . تاريخ الفانون العراقي الفديم ، ط ١ . بغداد ، مطبعه سفيق ، ١٩٧١ .
١١٠ـ ، الفانون الروماني ، ط ٢ بغداد ، مطبعة سفيق ، ١٩٧١.
١١١ـ صحيح الترمذى . الفاهرة . (جـ ٣ ط ١ ، المطبعة المصرية بالازهر، ١٩٣١ ـ جـ ٧ ، المطبعة المصرية بالازهر ، ١٣٥٠ هـ ـ جـ ٨ ، مطبعة الصاوي ، ١٩٣٤) .

١١٢ـ صحيح مسلم بشرح النووى . بدون تاريخ . (ج ١٦) .

١١٣ـ الصدر ، محمد باقر . اقتصادنا ، ط ٢ . بيروت ، ١٩٦٨ .

١١٤ـ الصده ، عبدالمنعم فرج . اصــول القانون . بيروت ، دار النهضــة العربيه ، ١٩٧٢ .

١١٥ـ ، حق الملكيه ، ط ٣ . القاهره ، مطبعه البابى الحلبى ، ١٩٦٧ .

١١٦ـ ، دراسة مقارنه بين الشريعة الاسلاميه والقانون الوضعي في المعاملات المالية . القاهرة ١٩٧٠ . (ج ١ ، نظريــة القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية) .

١١٧ـ الصنهاجي ، ســـهاب‌الدين احمد بن ادريس بن عبــدالرحمن .. المشهور بالقرافي . الفروق . القاهره ، دار احياء الكتب العربية ، ١٣٤٦هـ . (ج ٤ ط ١) .

١١٨ـ الطبرسي ، ابو علي الفضل بن الحسن . مجمع البيان في تفســـير القرآن . بيروت ، دار الفكر ودارالكتاب اللبناني، ١٩٥٧. (ج ١ ، ٦) .

١١٩ـ الطبري ، ابو جعفر محمد بن جرير . تفسير الطبري ، حققه وعلــق على حواشيه محمود محمد شاكر ، راجعه احمد محمــد شاكر . القاهرة ، دار المعارف بمصر ، بدون تاريخ .

١٢٠ـ الطحاوي ، ابو جعفر احمد بن محمد بن سلمه .. الحنفي . شــرح معاني الاثار ، ط ١ ، حققه وضبطه ونسقــه وصححــه محمد زهري النجار . القاهرة ، مطبعة الانوار المحمدية، ١٩٦٨ .

١٢١ـ الطوسى ، ابو جعفر محمد بن الحسن . الاستبصار ، ط ٢ . النجف دار الكتب الاسلامية ، ١٩٥٦ (ج ٢) .

١٢٢ـ ، التبيان في تفسير القرآن . النجف ، المطبعة العلمية ، ١٩٥٧ (مجلد ١) .

١٢٣ـ ، تفسير التبيان ، تحقيق وتصحيح احمد حبيب قصــير العاملي ، النجف ، مطبعة النعمان ، ١٩٦٣ . (مجلد ٩).

١٢٤ـ ، تهذيب الاحكام ، تحقيق خراسان . النجف ، منشورات دار الكتب‌الاسلامية للاخوندي (مطبعة النعمان) ١٣٧٧هـ. (ج ٤ ، ٧) .

١٢٥ـ ، المبسوط في فقه الامامية . طهران ، بدون تاريخ ،(ج٢، صححه وعلق عليه السيد محمد تقى الكشفي ، المكتبــة

الرضوية ـ ج ٣ ، صححه وعلق عليه محمد الباقر البهبودي ، المطبعه المرتضوية) .

١٢٦ـ ، النهاية في مجرد الفقه والفتاوي ، ط ١ . بيروت ، دار الكتاب العربى ، ١٩٧٠ .

١٢٧ـ العامري ، سعدون . الوجيز في العقود المسماه ، ط ٣ . بغداد ، مطبعة العانى ، ١٩٧٤ . (ج ١) .

١٢٨ـ العاملي ، محمد بن جمال‌الدين مكي . الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية . النجف ، منشورات جامعة النجف الدينية، ١٩٦٥ (ج ٥) .

١٢٩ـ العاملى ، محمد الجواد بن محمد الحسيني . مفتاح الكرامة في‌شرح قواعد العلامة . القاهره ، مطبعة الشورى ، ١٣٢٧هـ (ج ٧) .

١٣٠ ـ عبدالحميد متولي ، الفانون الدستوري والانظمة السياسية .

١٣٠ـ عبدالحميد متولي . القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٣١٣ هـ ـ ج ٤ ، ١٣١٤ هـ) .
الاسكندرية ، دار المعارف ، ١٩٦٦ (ج ١ ط ٤) .

(١٣١)ـ عبدالحي حجازي . المدخل لدراسة العلوم القانونية . الكويت ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ . (ج ١ ، القانون) .

١٣٢ ـ عبدالرحمن خضر . سرح القانون المدنى ، المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ، ط ١ . بغداد ، ١٩٥٣ .

١٣٣ـ عبدالرزاق زبير . محاضرات في قانون الاصلاح الزراعي . بغداد ، ١٩٧٤ (بالرونيو ـ محاضرات القيت على طلبة الصف الثالث ـ قانون في كلية القانون والسياسة ـ جامعة بغداد، للسنة الدراسية ١٩٧٤ـ١٩٧٥) .

١٣٤ـ عبدالستار آدم . الشريعة الاسلامية والقانون المدنى المصري ،الكتاب العاشر . القاهرة ، المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية ، ١٩٦٩ .

١٣٥ـ عبدالسلام ترمانينى . محاضرات في القانون الروماني ، ١٩٦٥ .

١٣٦ ـ عبدالعزيز عامر . دروس في حق الملكية . القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٧ .

١٣٧ـ عبدالعزيز فهمي . قواعد وآثار فقهية رومانية . القاهرة ، مطبعة جامعة فؤاد الاول ، ١٩٤٧ .

١٣٨ـ ، مدونة جستنيان في الفقه الرومانى . القاهرة ، دار الكاتب المصري ، ١٩٤٧ .

١٣٩- عبدالعظيم سرف‌الدين . تاريخ التشريع الاسلامي واحكـــام الملكيـة والتشفعة ، ط ١ ، ١٩٦٩ .

١٤٠- عبدالكريم زيدان ، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ، ط ١ . بغـداد ، ١٩٦٣ .

١٤١- ، الفرد والدوله في الترىعه الاسلامية ، بغداد ، مطبعـــة سلمان الاعظمى ، ١٩٦٥ .

١٤٢- ، الوجيز في اصول الففه ، ط ٤ . بغداد ، مطبعه العابي ، ١٩٧٠ .

١٤٣- العربي ، محمد عبدالله . محاضرات في الففه الاسلامى وسياسه‌الحكم في الاسلام . الفاهرة ، مطبعة الشرق العـــربى ، ١٩٦٧ . (جـ ١) .

(١٤٤)- على حيدر . درر الحكام في سرح مجلة الاحكام ، الكتـــاب الاول ، تعريب المحامي فهمي الحسيني . بيروت ، منشورات مكتبة النهضة ، بدون تاريخ . (جـ ١) .

١٤٥- ، درر الحكام في سرح مجلة الاحكام ، الكتاب العاشـــر ، تعريب المحامى فهمي الحسيني . بيروت ، منشورات مكتبة النهضة ، بدون تاريخ . (جـ ٣) .

(١٤٦)- علي على سليمان . سرح الفانون المدنى الليبى . بيروت ، دار صادر، ١٩٦٩ .

١٤٧- عمر عبدالله . سلم الوصول لعلم الاصول ، ط ٢ . الاسكندريـــة ، مؤسسة المطبوعات الحديثة ، ١٩٥٩ .

١٤٨- محمد ممدوح مصطفى . القانون الرومانى ، ط ٤ . الفاهرة ، دار المعارف بمصر ، ١٩٦١ .

١٤٩- عودة ، عبدالفادر . المال والحكم في الاسلام ، القاهرة ، مطبعـــة دار الكاتب العربي ، ١٩٥١ .

١٥٠- الفازي ، ابراهيم عبدالكريم . تاريخ القانـــون في وادي الرافدبـــن والدولة الرومانية . بغداد ، مطبعة الازهر ، ١٩٧٣ .

١٥١- الغزالي ، ابو حامد محمد . المستصفى من علم الاصول ، وبذيله‌فوات الرحموت بشرح مسلم الثبوت . بغداد ، مكنبـــة المثنى ، بدون تاريخ . (بالاوفسيت ، جـ ١) .

١٥٢- فاضل حبشى . الامتداد القانونى لعقود الايجار . القاهرة ، مطابـــع جريدة الصباح ، ١٩٦٢ .

١٥٣ـ فتحي عبدالصبور . الاثار القانونيه للتأميم ، ط ١ . القاهره ، المطبعة العالمية ، ١٩٦٣ .

١٥٤ـ ، الاثار القانونيه للتأميم والحراسه الاداريه على الاموال ، ط ٢ ، ١٩٦٧ .

١٥٥ـ فؤاد عبدالهادي نوره . الاسلام والخدمه الاجتماعيه ، القاهره ، ١٩٥٠ (رسالة مقدمة لجامعة اوهايو لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الاسلامية) .

١٥٦ـ فوزي رشيد . الشرائع العراقية القديمة . بغداد ، دار الحرية للطباعة ، مطبعة الجمهورية ، ١٩٧٣ .

١٥٧ـ القاسم ، هشام . المدخل الى علم الحقوق . دمشق ، مطبعه الانشاء، ١٩٦٥ .

١٥٨ـ القاضى ، منير . شرح المجله . بغداد مطبعة العانى . ج ١ ط ١ ، ١٩٤٩) .

١٥٩ـ ، منير . شرح المجلة . بغداد مطبعة العانى . (ج ٣ ، ط١، ١٩٤٨) .

١٦٠ـ القرضاوي ، يوسف . مشكلة الفقر وكيف عالجها الاسلام . بيروت، دار النهضة العربية ، ١٩٦٦ .

١٦١ـ القرطبى ، ابو عبدالله محمد بن احمد الانصاري . الجامع لاحكام القرآن . القاهرة ، دار الكتاب العربى للطباعة والنشر ، ١٩٦٧ . (ج ١٧) .

١٦٢ـ الفوتلى ، عدنان . الوجيز في الحقوق المدنية . دمشق ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٦٠ . (ج ١) .

١٦٣ـ كاتزاروف ، قسطنطين . نظرية التأميم ، ترجمة وتعليق الدكتور عباس الصراف . بغداد ، مطبعة العانى ، ١٩٧٣ .

١٦٤ـ الكاسانى ، علاءالدين ابي بكر بن مسعود .. الحنفي . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، القاهرة ، المطبعة الجمالية ، ١٩١٠م (ط ١ ج ٦) .

١٦٥ـ كرافنسوف . عرض موجز لنظرية الدولة والقانون . موسكو ، دار التقدم ، بدون تاريخ .

١٦٦ـ الكلينى ، ابو جعفر محمد بن يعقوب . اصول الكافى . بدون تاريخ . (ج ١) .

١٦٧ـ ليلتشوك ، ف . وآخرون . موجز تاريخ المجتمع السوفيتي . تأليف ف . ليلتشوك ، بولياكوف ، وبروتوبوبوف ، ترجمة خيري الضامن . موسكو ، دار التقدم ، ١٩٧٣ .

١٦٨ـ مالك بن انس ، الامام . . الاصبحي . المدونة الكبرى . بغداد ، مكتبة المثنى ، بدون تاريخ (بالاوفسيت ، مجلد ٢ ، ج ٣) .

١٦٩ـ ، مطبعة السعادة ، بدون تاريخ . (ج ١٥) .

١٧٠ـ الماوردي ، ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي . الاحكام السلطانية والولايات الدينية ، ط ١ . القاهرة ، مطبعة البابي الحلبي ، ١٩٦٠ .

١٧١ـ المجلة ، ط ٣ ، تصحيح الشيخ يوسف الاسير ، مطبعة الاداب ، بدون تاريخ .

١٧٢ـ محمد ابو زهرة . تاريخ المذاهب الاسلامية . القاهرة ، دار الفكر العربي ، بدون تاريخ . (ج ١ في السياسة والعقائد) .

١٧٣ـ ، التكافل الاجتماعي في الاسلام . القاهرة . الدار القومية للطباعة والنشر ، ١٩٦٤ .

١٧٤ـ ، تنظيم الاسلام للمجتمع . القاهرة ، ١٩٦٥ .

١٧٥ـ ، محاضرات في الوقف على طلبة قسم الدراسات العليا في معهد الدراسات العربية العالمية بالقاهرة . القاهرة ، ١٩٥٩ .

١٧٦ـ محمد أديب صالح . مصادر التشريع الاسلامي ومناهج الاستنباط ـ المطبعة التعاونية ١٩٦٨ .

١٧٧ـ محمد أمين بن عابدين . حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار . القاهرة ، مطبعة البابي الحلبي ، ١٩٦٦ . (ج ٣ ط ٢) .

١٧٨ـ محمد صديق حسن خان . حصول المأمول من علم الاصول . القسطنطينية ، مطبعة الجوائب ، ١٢٩٦هـ .

١٧٩ـ محمد عبدالمنعم بدر و د . عبدالمنعم البدراوي . مبادىء القانون الروماني . القاهرة ، مطابع دار الكتاب العربي ، ١٩٥٤ .

١٨٠ـ محمد عرفان زدني . ملكية الاراضي أو الاموال غير المنقولة . بغداد ، ١٩٦٩ . (بالرونيو ـ رسالة مقدمة الى كلية الاداب ـ جامعة بغداد ، لنيل درجة الماجستير في الشريعة الاسلامية) .

١٨١ـ محمد عزة دروزة . الاسلام والاشتراكية ، ط ١ . بيروت ، ١٩٦٨ .

١٨٢ــ محمدعلي حنبوله . الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصــة ، ط ١ . الفاهرة ، ١٩٧٤ . (رسالة دكنوراه في الفانون ــ جامعــة عين شمس) .

١٨٣ــ محمدعلي عرفه . سرح الفانون المدنى الجديد في حق الملكيه ، ط ٢ . القاهرة ، مطبعة جامعة فؤاد الاول ، ١٩٥٢ .

١٨٤ــ محمد قدري باشا . مرسد الحيران الى معرفه احوال الاسان . ط ٢ . الفاهرة ، المطبعة الاميرية ببولاق ، ١٣٠٨هـ .

١٨٥ــ محمد كامل ليلة . النظم السياسية . الفاهره ، دار الفكر العربى ، ١٩٦٣ .

١٨٦ــ محمد كامل مرسى . سرح الفانون المدني . الفاهرة ، المطبعه العالمية، ١٩٥١ . (جـ ١ ط ٢ ، الحقوق العينية الاصلية) .

١٨٧ــ ، شرح الفانون المدنى الجديد ، الباب السمهيدي الفاهرة ، المطبعة العالمية ، ١٩٥٤ .

١٨٨ــ ، الشفعة ، ط ٣ . الفاهرة ، مطبعة الاعسماد ، ١٩٤٧ .

١٨٩ــ محمد كمال عبدالعزيز . الوجيز في نظرية الحق . مكتبة وهبة . بدون تاريخ .

١٩٠ــ محمد لبيب شنب . مبادىء الفانون . بيروت ، دار النهضة العربية، ١٩٧٠ .

١٩١ــ محمد مصطفى شبلى . المدخل في التعريف بالففه الاسلامي وفواعــد الملكية والعفود فيه . بيروت ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٩ .

١٩٢ــ محمد وحيدالدين سوار . سرح الفانون المدني ، الحقوق العينية . دمشق ، مطابع الف باء الادبب ، ١٩٦٩ . (جـ ١ ، الحقوق العينية الاصلية) .

١٩٣ــ محمد يوسف موسى . الففه الاسلامى ، ط ٣ . القاهرة . دار الكناب العربي ، ١٩٥٨ .

١٩٤ــ محمود سلام زناتي . تاريخ النظم الاجنماعية والفانونية . الفاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧١ . (جـ ١) .

١٩٥ــ محمود شلتوت . الاسلام عقيدة وشريعة . القاهرة ، بدون تاريخ .

١٩٦ــ المرتضى ، احمد بن يحيى بن ... البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار . القاهرة ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٩٤٩ . (جـ ٤ ط ١) .

١٩٧ــ المصري ، عبدالسميع . نظرية الاسلام الاقتصادية . الفاهرة ، مكنبة الانكلو ــ مصرية ، ١٩٧١ .

١٩٨- مرعى بن يوسف الحنبلى . غاية المنتهى في جمع الاقناع والمنتهى - ج ٢ - ١٣٧٨هـ .

١٩٩- المرغينانى ، برهان الدن ابى الحسن علي بن ابى بكر بن عبدالجليل الراشداني .. الهداية سرح بداية المبتدىء . القاهرة ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، ١٩٣٦ (ج ٤) .

٢٠٠- المظفر ، محمود . احياء الاراضى الموات . القاهره ، المطبعة العالمية ، ١٩٧٢ . (رساله ماجسنير في التربعة الاسلامية - جامعة القاهرة) .

٢٠١- المقدسي ، ابو النجا شرفالدين موسى الحجازي . الاقناع في فقه الامام أحمد بن حنبل . القاهرة ، المطبعة المصرية بالازهر ، بدون تاريخ . (ج ٣) .

٢٠٢- المودودي ، ابو الاعلى . الربا ، تعرب محمد عاصم الدباغ . بيروت، دار الفكر ، بدون تاريخ .

٢٠٣- موسوعة جمال عبدالناصر في الفقه الاسلامى ، يصدرها المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية . القاهرة ، دار التحرير للطبع والنشر . (ج ١ ، ١٣٨١هـ - ج ٤ ، ١٣٨٩هـ - ج ٥ ، ١٣٩٠هـ).

٢٠٤- المهدي ، نزيه محمد الصادق . الملكية في النظام الاشتراكى ، القاهرة، دار النهضة العربية ، ١٩٧١ . (رسالة ماجستير في القانون - جامعة القاهرة) .

٢٠٥- ميرزا محمدحسين . الاسلام والاشتراكية ، ترجمة عبدالرحمن ايوب ومراجعة علي أدهم . القاهرة ، المؤسسة المصرية العامة . بدون تاريخ .

٢٠٦- ميشيل فيليه . القانون الروماني ، ٢ ترجمة وتعليق د . هاشم الحافظ . بغداد ، مطبعة العانى ، ١٩٦٩ .

٢٠٧- الناهى ، صلاحالدين . محاضرات عن القانون المدني العراقى ، حق الملكية في ذاته . القاهرة ، معهد الدراسات العربية العالية - مطبعة الرسالة ، ١٩٦١ .

٢٠٨- ، مقدمة تحليلية وتعليقات على قانون تنظيم ايجار العقار رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٣ وتعديله رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٥ . بغداد، مطبعة الحوادث ، ١٩٧٥ .

٢٠٩- ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية . بغداد ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦١ . (ج ١) .

٢١٠ــ النبهان ، محمد فاروق . الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الاسلامي ، ط ١ . بيروت ، دار الفكر ، ١٩٧٠ . (اطروحة دكتوراه في الشريعه الاسلاميه ــ جامعة القاهره) .

٢١١ــ النبهانى . تقي‌الدين . النظام الاقتصادي في الاسلام ، ط ٣ . القدس . منشورات حزب التحرير ، ١٩٥٣ .

٢١٢ــ نضال البعث ، ط ١ . بيروت ، منشورات دار الطليعة ، ١٩٦٣ . (جـ ١) .

٢١٣ــ النواوي . عبدالخالق . النظام المالي في الاسلام ، ط ١ . القاهرة ، مكتبة الانجلو ــ مصرية ، ١٩٧١ .

٢١٤ــ الوكيل ، شمس‌الدين . دروس في القانون ، ط ١ . الاسكندرية ، منشأه المعارف ، ١٩٦٦ .

٢١٥ــ ، الموجز في المدخل لدراسه القانون ، ط ١ ، ١٩٦٥ .

ثانيا ــ البحوث والمقالات

١ ــ احمد زكي يماني . « عدالتنا الاجتماعية » في مجله المسلمون ، (سويسرا) ، العدد التاسع ، المجلد التاسع .

٢ ــ احمد فهمي ابو سنة . « نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامى » في اسبوع الفقه الاسلامى ومهرجان الامام ابن تيمية ، (القاهرة) ، ١٩٦٣ .

٣ ــ الامين ، محمود . « قوانين حمورابي » في مجله كليه الاداب (بغداد) تصدرها كلية الاداب ، جامعة بغداد ، العدد ٣ ، ١٩٦١ .

٤ ــ البرى ، زكريا (الشيخ) . « المصلحة اساس التشريع الاسلامي » في الفقه الاسلامي اساس التشريع (القاهرة) المجلس الاعلى لرعاية الفنون والاداب والعلوم الاجتماعية ، الكتاب الاول ، ١٩٦٣ .

٥ ــ بشرى جندى . « حتميه التطور الاشتراكى في مبادىء القانون المدني» في مجلة ادارة قضايا الحكومة . العدد ٣ ، السنة ١١ ، ١٩٦٧ .

٦ ــ البلداوي ، عبود عبداللطيف . « القيود الوارده على حق الملكية بسبب الجوار » في مجلة القضاء ، (بغداد) العددان الاول والثاني، السنة ٢٩ ، ١٩٧٤ .

٧ ــ الجسر ، نديم . « فلسفة الحرية في الاسلام » في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية (القاهرة) ، جامعة الازهر ، ١٩٦٤ .

٨ ــ الجندي ، عبدالحليم . « توحيد الامة العربية بتطوير شرائعها وفقا للميثاق » في مجله ادارة قضايا الحكومة ، العدد ٣ ، السنة ٧ ، ١٩٦٣ .

٩ ــ جودة هلال . « الاستحسان والمصلحة المرسلة » في اسبوع الفقه الاسلامي ومهرجان الامام ابن تيمية (القاهرة) المجلس الاعلى لرعاية الفنون والاداب والعلوم الاجتماعية ، ١٩٦٣ .

١٠ ــ الخفيف ، علي . « الملكية الفرديه وتحديدها في الاسلام » في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية (القاهرة) جامعة الازهر ، ١٩٦٤ .

١١ ــ الدراجي ، يحيى . « الفقه والتشريع معبران عن علاقات اقتصادية واوضاع اجتماعية لزوم النظرية والفقيه المنحاز » . في مجلة القضاء (بغداد) العدد ٣ ، السنة ٢٨ ، ١٩٧٣ .

١٢ ــ الدسوقى ، محمد . « نظرية التأميم في الاسلام » في مجلة الرسالة (بغداد) ، ديوان الاوقاف في العراق ، العدد ٨٠ـ٨١ ، السنة ٧ .

١٣ ــ الدهان ، فؤاد . « المضمون الاجتماعي للملكية » في مجلة الطليعة (القاهره) العدد ٨ ، السنة ٢ ، اغسطس ١٩٦٦ .

١٤ ــ زهدي يكن . « نطاق نظرية سوء استعمال الحق في حق الملكية » في مؤتمر اتحاد المحامين العرب الرابع المنعقد في بغداد (دمشق)، مطبعة فتى العرب ، ١٩٥٨ .

١٥ ــ الزيات ، عبده حسن . « قانون حمورابي » في مجلة القضاء (بغداد) العدد ٥ ، السنة ٢ ، ١٩٣٦ .

١٦ ــ السائس ، محمدعلى . « ملكية الافراد ومنافعها في الاسلام » في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية ، (القاهرة) جامعة الازهر، ١٩٦٤ .

١٧ ــ الاسيوطى ، ثروت انيس . المنهج القانونى بين الرأسمالية والاشتراكية ــ مجلة مصر المعاصرة ، العدد ٣٣٦ السنة الستون ابريل ١٩٦٩ .

١٨ ــ السنهوري ، عبدالرزاق احمد . « القانون المدنى العربى » بغداد ١٩٦٥ . مستلة من مجلة القضاء (بغداد) ، العدد الاول والثانى ، ١٩٦٢ .

١٩ ــ الصالح ، صبحى . « الاستحسان والمصلحة المرسلة » في اسبوع الفقه الاسلامي ومهرجان الامام ابن تيمية (القاهرة) ، ١٩٦٣ .

٢٠ ــ عبدالحي حجازي . « الوظيفة الاجتماعية للملكيه الخاصة » في الحلقة الدراسية الثانية ــ القانون والعلوم السياسية ــ المنعقدة في الكويت عام ١٩٦٥ ، القاهره ، المجلس الاعلى لرعاية الفنون والاداب والعلوم الاجتماعية ، ١٩٦٧ .

٢١ ــ عبدالرحمن حسن . « الموارد الماليه في الاسلام » في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلاميه (القاهره) جامعه الازهر ، ١٩٦٤ .

٢٢ ــ عبدالله كنون . « الملكيه الفرديه وتحديدها في الاسلام » في المؤتمرالاول لمجمع البحوث الاسلامية (القاهرة) جامعة الازهر ، ١٩٦٤ .

٢٣ ــ عبدالمقصود سلوب . « نظرية التعسف في استعمال الحق » في اسبوع الفقه الاسلامى ومهرجان الامام ابن تيمية (القاهرة) ١٩٦٣ .

٢٤ ــ عبدالنبى ميكو . « حق الملكية لدى كثير من قوانين العالم » في مجلة القضاء والقانون ، وزاره العدل الغربية ، العدد ١٢٠ ، السنة ١٢ .

٢٥ ــ العربى ، محمد عبدالله . « الملكية الخاصة وحدودها في الاسلام » في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية (القاهرة) جامعة الازهر ، ١٩٦٤ .

٢٦ ــ عيسى احمد عيسوي . « نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ، في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (القاهرة)، كلية الحقوق ــ جامعة عين شمس . العدد ١ ، السنة ٥ ، ١٩٦٣ » .

٢٧ ــ الفنجري ، محمد شوقي . « الاسلام ومشكلة الفقر » في مجلة العربي (الكويت) ، العدد ١٦٩ ، كانون الاول ١٩٧٢ .

٢٨ ــ ، « خصائص الاشتراكية الاسلامية » .
مستلة من مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العدد ١ ، السنة ١٢ ، ١٩٦٨ .

٢٩ ــ محسن ناجي . « العوامل الاقتصادية والاجتماعية وأثرها فيالتشريع والفقيه المنحاز » في مجلة القضاء (بغداد) العدد ٢ ، السنة ٢٨ ، ١٩٧٣ .

٣٠ ــ محمد ابو زهرة . « اساءة استعمال الحق » في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العدد ٣ ، السنة ٥ ، ١٩٦١ .

٣١ ــ محمد انيس ابراهيم . « القيود التى ترد على الملكية في الشريعة الاسلامية » في الفقه الاسلامي اساس التشريع (القاهرة) المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية ، الكتاب الاول ، ١٩٧١ .

٣٢ ـ محمدعلي عرفة . « الملكية في ظل الاسنراكية العربية » في مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العدد ٢ ، السنة ٧ ، ١٩٦٣ .
٣٣ ـ محمود ابو ستيتة . « الاشتراكيه العربية » في مجلة اداره قضايا الحكومة ، العدد ٤ ، السنه ٧ ، ١٩٦٣ .
٣٤ ـ محمود محمود رافع . « الميثاق والعدالة الاجماعية في سريعة الاسلام » في مجلة ادارة قضايا الحكومه . العدد ٤ ، السنة ٧ ، ١٩٦٣ .
٣٤ ـ محمود محمود رافع . « الميثاق والعدالة الاجتماعية في سريعة الاسلام » في مجلة ادارة قضايا الحكومة . العدد ٤ ، السنة ٧ ، ١٩٦٣ .
٣٥ ـ النعمان ، سالم عبيد . « آراء في الفقه والنترىع باعتبارهما معبرين عن علاقات اقتصادية واوضاع اجتماعية » في مجلة الفضاء (بغداد) العدد ١ ، السنة ٢٨ ، ١٩٧٣ .

نالثا ـ المجموعات القانونية والنشرات القضائية والدوريات

١ ـ أسس التشريع لاتحاد الجمهوربات الاشتراكية السوفيتيةوالجمهوريات المتحدة ، ترجمة د . نروت انيس الاسيوطي . موسكو ، دار التقدم ، ١٩٧٤ .
٢ ـ حزب البعث العربى الاشتراكي ـ حول سياسة التحول الاشتراكى ـ بيروت ـ دار الطليعة ـ ط ١ ، ١٩٧٣ .
٣ ـ حزب البعث العربى الاشتراكي . التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن .. المنعقد ببغداد من ٨ـ١٢ كانون الثانى ١٩٧٤ ، ط ٢ . بغداد ، مطابع دار الثورة ، ١٩٧٤ .
٤ ـ العراق . القانون الاساسي العراقى الصادر في ٢١ آذار ١٩٢٥ .
٥ ـ ، الدستور المؤقت ٢٧ تموز ١٩٥٨ .
٦ ـ ، الدستور المؤقت والقوانين الاشتراكية الصادرة في ٢٩ـ٤ـ١٩٦٤ . بغداد ، مطبعة العانى ، ١٩٦٤ .
٨ ـ ، دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ .
٩ ـ ، الدستور العراقي المؤقت الصادر في ١٦ تموز ١٩٧٠ فى الوقائع العراقية ، العدد ١٩٠٠ .
١٠ ـ ميثاق العمل الوطني . بغداد ، ١٥ تشرين الثاني ١٩٧١ . (اعلنه السيد رئيس الجمهورية) .
١١ ـ قانون الاصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ .
١٢ ـ قانون الاصلاح الزراعى رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ في الوقائع العراقية العدد ١٨٨٤ : ٣٠ـ٥ـ١٩٧٠ .
١٣ ـ قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .

١٤ ــ قانون خطة التنمية القومية رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٠ للسنوات المالية ١٩٧٠ ــ ١٩٧٤ . في الوقائع العراقية ، العدد ١٨٦٢ .
١٥ ــ القانون المدني لجمهورية روسيا الاتحادية الاشتراكية السوفيتية ، ترجمة د . ثروت انيس الاسيوطي . موسكو ، دار التقدم ، ١٩٧٣ .
١٦ ــ القانون المدنى العراقى رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
١٧ ــ القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
١٨ ــ قضاء محكمة تمييز العراق . القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩ . مجلد ٦ .
١٩ ــ مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصري . القاهرة ، مطبعة دار الكتاب العربي ، بلا تاريخ (جـ ١ ، ٦) .
٢٠ ــ مجلة ديوان التدوين القانونى ، بغداد ، ديوان التدوين القانوني في وزارة العدل . العدد ١ ، ٢ السنة الرابعة ، ١٩٦٥ .
٢١ ــ مجلة القضاء . بغداد ، كانون الثاني ١٩٦٨ . العدد ١ ، السنة ٢٣ .
٢٢ ــ مشروع القانون المدنى العراقي كما أقرته لجنة الدكتور السنهوري . بغداد ، (بالرونيو) ١٩٤٣ ، القسم الثانى ، الحقوق العينية الاصلية .
٢٣ ــ ورقة عمل اصلاح النظام القانونى في العراق ــ بغداد ، ١٩٧٥ .
٢٤ ــ النشرة القضائية . المكتب الفنى في محكمة تمييز العراق . السنة الاولى ، العدد ١ : ١٩٧٠ ، العدد ٢ ، ٣ ، ٤ : ١٩٧١ ــ السنة الثالثة ، العدد ٢ ، ٣ ، ٤ : ١٩٧٤ .

رابعا ــ المراجع الاجنبية :

أ ــ باللغة الانكليزية :

1. Eswinfen Green and N. Henderson. Land Law, 2nd Ed. Sweet and Maxwell, 1970.
2. J. Crossley Vaines. Personal Property, 3rd Ed. London, Buttorworths, 1962.
3. Hugh, H. V. Forbes. Real Property Law. London, The Estates Gazette Limited, 1962.
4. R. Megarry. A Manual of the Law of Real Property, 4th Ed. London, Stevens and Son's Limited, 1969.
5. R. Khalfina. Personal Property in the USSR. Mosco, Progress Publishers, First Printing, 1966.
6. M. Unaruddin. Istihsan and Maslih - E. Murasala.

ب ــ باللغة الفارسية :

د. سيد حسن امامي ــ الحقوق المدنية ــ حـ١ ــ منشورات جامعة طهران ــ ١٣٣٥ .

الفهرست

الباب الثاني

المباديء التي تنظم الملكية الخاصـــة

في الشـــريعة الاســـــلامية والقانون العـــراقي

تصميم الغلاف : ايمـان رشـيد
تصميم الداخل : نجم عبدالله كاظم
الخطـوط : رضـا الخطـاط

رقم الايداع في المكتبة الوطنية ببغداد
٦٧٦ سنة ١٩٧٧

دار الحرية للطباعة بغداد ١٣٩٧ هـ ــ ١٩٧٧ م

the common parts, administrating and renovating them in the stories property I suggested a text avoids the differences in the opinions of jurisprudence and courts and shuts the door of assiduity.

I found that the first true and actual nationalization in Iraq took place by the law No. 80, 1961, but there was not expression of nationalization in it, and I proved that nationalization had never accured before this date. Then many brave revolutionary steps happened for ensuring the performance of the national fortunes to its social function to achieve the public interest in complete.

I brought forward also the legislative gaps in the law of organizing the realty rent No. 67, 1973 and its modifications in addition to those in the agrarian reform law No. 117, 1970, I have mentioned also some suggestions which aid the Iraqi legislature in shutting the outlets against escape from those law's aims, then I adduced notes to contribute in solving part of inhabiting crisis in Iraq.

I suggest in respect of abuse of right, to ensure the social function of right, omitting alinea C of article 7 of the civil law and replace it by this text (everyone is considered responsible if he trespasses the limit of the social aim for which the right is decided) then I declared the causes of this suggestion.

Then I put a conclusion for the most important results of the research, I have implied what I had mentioned of suggestions to remove the gaps of the law.

vate property. A right direction appeared to me from exhibiting them, most of them recognised it by which many lawyers were affected, that which recognised the self aspect and the social one of the right of property together. In the second chapter, I dealed with the nature of property in Iraqi law then I made for the different opinions of lawyers in respect of private property in France, Egypt and Iraq.

I cleared that Iraqi legislature was not prosperous in formulating article 1048 and why, then I suggested replacing another provision as a substitue. I saw also the necessity of voccinating the Iraqi law provisions by common and flexible expressions to adapt the social, economic political and legal new developments contributing in responding the new needs. As these expressions ... public interest, good faith principle, public order, justice, social tendancy and social function because they are the oxygen of life when the laws ailling.

In respect of the characteristics of the right of property, I declared that they do not adapt the modern social tendancy and they are not from the basis of the right of propertiy and I presented the evidences of that, I added also that property falls by not using it to achieve the social function concept of the right of property.

As to the ways of acquisition of property among alives, I did not agree with the Iraqi legilature on taking pre-emption systeme. I suggested removing it opposing some writers, and removing the preponderance right for some causes and justifications.

I distributed the second section on two chapters also. The first one is for the principles that govern the property in Islamic Shari'a in which many proofs were mentioned to prove that property is a means for achieving the social solidarity in the limit of the family, village, town and state, and that is not an aim as such. I mentioned also the expropriation. Nationalization and the restricts in its two sorts in Islamic Shari'a by which many positive legislations have affected.

In the second chapter I studied the principles which govern the property in Iraqi law, I found that the legislature renders property as a means for the principle of the social solidarity. I proved the not fineness of the formulating of article 1069 of the Iraqi civil law which speaks about the dilapidation of the joint property, I suggested another text as a substitute with the causes of that.

As to the legislative defects in Iraqi civil law, I mentioned them in the research as that with concerns with the costs of maintenance

SUMMARY

The economic doctrine prevailing in certain country effects, essentially on the content of the right of property, if not on its idea as such, and the legal texts are a super-structure depends on an economic and social rule, so if that rule altered, the law has to be changed.

As the legal texts express always the interests and the ideas of the ruling classes in certain time and place, so we find a lot of present Iraqi laws expressing individual traditional tendancy with much vices such as not responding to what becomes new of needs and conditions in our society. The Iraqi civil law had been promulgated before 25 years in a period in which the properiators, feudalists and work-masters were in a strong position for which the legal texts were exploited to serve their interests, idas and protect them.

But now during the social changes and progressive directions ın the economic, social and political construction in Iraq, the necessity requires the re-exaiming in much of legal texts to reveal or reformulate them in order to be in harmoney with these new developments.

For all that I tried to study the social function of the private property in each of the Islamic law and the Iraqi law in comparative study, but the research invites me to point to some Soviet texts and Egeptian ones concerning tre personal and private property.

When I rendered the study of the social aspect of this right as an object for this thesis, I divided it into two sections:

In the first one I studied the nature of property in Islamic Shari'a and Iraqi law, and I departed in the second one the principles which govern the private property in Islamic Shari'a and Iraqi law. I prepared for these sections by a preface in which I cleared the historical development of the private property since the antique Iraqi laws and crossing the medieval centuries and the modern time, then I educed that private property was recognised by the human societies from old times till now because it represents a natural responding for human instinct in possession, but it submitted, in certain periods, to some restricts to regulate it.

I have distributed the first section into two main chapters: In the first, I studied the nature of property in Islamic Shari'a. So I declared the different opinions of Islamic Jurists in respect of pri-

The Social Function of

The Private Property

comparative study

by

Munther Al-Fadhul